

Universidade de Brasília
Faculdade de Direito
Pós-Graduação *stricto sensu*

TESE DE DOUTORADO

**Entre Cila e Caríbdis: a liberdade de expressão em meio ao
conflito entre a discricionariedade do Legislador e a
intensidade do controle exercido pelo Juiz Constitucional**

Examinando: João Costa Neto

Orientador: Ministro Gilmar Ferreira Mendes (UnB)

Co-orientador: Professor Titular Marcelo Neves (UnB)

1º Examinador: Professor Doutor Mamede Said Maia Filho (UnB)

2º Examinador: Professor Doutor Paulo Gustavo Gonet Branco (IDP)

3º Examinador: Professor Doutor Marcos Aurélio P. Valadão (UCB)

4ª Examinadora: Professora Doutora Liziane Angelotti Meira (UCB)

Área de concentração: Direito, Estado e Constituição

Linha de pesquisa: “Constituição e Democracia: Teoria, História,
Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional”

Brasília

2014

Sumário

Introdução

Parte I – Dos fundamentos do direito fundamental à liberdade de expressão

- 1) Considerações iniciais
- 2) Justificativas de tipo instrumental ou consequencialista
 - a) Argumentos baseados na busca pela verdade
 - b) Abordagem democrático-funcional
 - c) Fomento da tolerância e do pluralismo
 - d) Vantagens das teorias de tipo instrumental ou consequencialista
 - e) Insuficiências das teorias de tipo instrumental ou consequencialista
- 3) Justificativas de tipo intrínseco ou deontológico
 - a) O valor intrínseco da autodeterminação: autorealização e independência ética
 - b) Desvantagens das teorias de tipo intrínseco ou deontológico
 - c) Vantagens das teorias de tipo intrínseco ou deontológico
- 4) As dimensões do direito fundamental à liberdade de expressão e os seus fundamentos legitimadores

Parte II – Da liberdade de expressão nos ordenamentos jurídicos alemão e norte-americano

- 1) A liberdade de expressão no ordenamento jurídico norte-americano
 - a) Considerações históricas sobre a primeira emenda
 - b) O *freedom of speech* na jurisprudência da Suprema Corte americana
 - c) Discurso menos protegido
 - d) A necessidade de neutralidade das restrições ao direito à liberdade de expressão
 - e) Considerações finais
- 2) A liberdade de expressão no ordenamento jurídico alemão
 - a) Considerações históricas sobre o art. 5, (1), da Lei Fundamental

- b) A *Meinungsfreiheit* na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*)
- c) Considerações finais

Parte III – Os direitos como trunfos e o sopesamento: reconciliando o irreconciliável?

- 1) Considerações iniciais
- 2) O que são trunfos? A tese de Dworkin
- 3) Os trunfos e suas exceções: nenhum trunfo é um trunfo de ás (ou seja, invencível ou insuperável)
- 4) Refutando algumas críticas contra o sopesamento
- 5) A compatibilidade entre trunfos e sopesamento
- 6) Trunfos, promessas e direitos fundamentais
- 7) As teorias externa e interna e a reconciliação entre trunfos e direitos fundamentais
- 8) As falhas do holismo defendido por Ronald Dworkin
- 9) A compatibilidade entre trunfos e sopesamento II
- 10) Promessas, razões excludentes e a importância dos interesses públicos no sopesamento
- 11) Sopesamento, tutela dos direitos fundamentais, confiabilidade dos resultados e lógica formal
- 12) Conclusões preliminares

Parte IV – Os diferentes níveis de intensidade ou densidade (*Kontrolldichten; standards of review*) da jurisdição constitucional aplicados ao direito fundamental à liberdade de expressão

- 1) Os diferentes níveis de intensidade da jurisdição constitucional: noções gerais a partir das experiências alemã e norte-americana
 - a) Os *standards of review* ou *levels of scrutiny*
 - 1. *Strict scrutiny*

2. *Intermediate scrutiny*
3. *Rational basis review*

b) Os *Kontrolldichten*

1. *Intensivierte inhaltliche Kontrolle*
2. *Vertretbarkeitskontrolle*
3. *Evidenzkontrolle*

c) O peculiar caso dos níveis de intensidade aplicados ao direito fundamental à liberdade profissional: a *Stufentheorie*

- 2) A influência dos fundamentos legitimadores da liberdade de expressão sobre os diferentes níveis de intensidade ou densidade de controle judicial: os níveis de intensidade de controle judicial aplicados ao direito fundamental à liberdade de expressão
- 3) As “restrições intensas constitucionais” e as “restrições leves inconstitucionais”: objeção à adoção de graus de intensidade de controle?
- 4) A rigidez dos níveis de controle: É (im)possível sopesar em abstrato?
 - a) Legitimidade democrática e competência institucional: os fundamentos da deferência ao legislador
 - b) Os pesos abstratos do sopesamento
- 5) Margem de conformação, princípios formais e liberdade de expressão
- 6) A liberdade de expressão e as limitações ao discurso eleitoral
- 7) A teoria dos níveis de intensidade de controle judicial como parâmetro racional de aferição da constitucionalidade das limitações ao direito fundamental à liberdade de expressão

Conclusões articuladas

Referências

Resumo

Em seu trabalho *Entre Cila e Caríbdis: a liberdade de expressão em meio ao conflito entre a discricionariedade do Legislador e a intensidade do controle exercido pelo Juiz Constitucional*, JOÃO COSTA NETO detalha a ideia de níveis de intensidade do controle exercido por meio da Jurisdição Constitucional. COSTA NETO defende que, quando se trata da adjudicação de direitos fundamentais, a máxima da proporcionalidade, por si só, mostra-se demasiadamente flexível. Ao procurar por critérios mais estáveis, previsíveis e transparentes, COSTA NETO rejeita o modelo da Suprema Corte norte-americana, baseado nos *standards of review*. Ele também nega que os *Kontrolllichten*, usados pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, sejam capazes de melhor definir o âmbito da margem de conformação do legislador e de definir os níveis de intensidade do controle exercido pelos juízes sobre as leis promulgadas pelo Parlamento. Ao final, COSTA NETO desenvolve um sistema de diferentes níveis de intensidade do controle judicial concebido especificamente para o direito fundamental à liberdade de expressão. Esta proposta baseia-se, em parte, na *Stufentheorie* do Tribunal Constitucional Federal e altera a máxima da proporcionalidade por meio de um tratamento diferenciado do peso abstrato dos princípios colidentes no sopesamento.

Abstract

In his work *Between Scylla and Charybdis: freedom of speech in the midst of the Legislator's discretion and the intensity of the control exerted by the Constitutional Judge*, JOÃO COSTA NETO elaborates on the notion of levels of scrutiny in the judicial review. COSTA NETO claims that, on matters of constitutional rights' adjudication, the principle of proportionality by itself is too flexible. While looking for more stable, foreseeable and transparent criteria, COSTA NETO rejects the American Supreme Court's model of standards of review. He also denies that the *Kontrolllichten* used by Germany's Federal Constitutional Court could solve the problem of defining the scope of legislative discretion and fixing the variability of the judicial control exercised by judges over laws enacted by Parliament. In the end, COSTA NETO develops a system of different levels of intensity of review made specifically for the constitutional right of freedom of speech. This proposal is lightly based on the *Stufentheorie* of the Federal Constitutional Court, and it changes the principle of proportionality by managing the abstract weight of colliding principles in the balancing process in a distinctive manner.

ἡμεῖς μὲν στενωπὸν ἀνεπλέομεν γοῶντες·
 ἔνθεν μὲν Σκύλλη, ἐτέρωθι δὲ διὰ Χάρυβδις
 δεινὸν ἀνερροίβδησε θαλάσσης ἄλμυρὸν ὕδωρ.
 ἦ τοι ὄτ' ἐξεμέσειε, λέβης ὡς ἐν πυρὶ πολλῷ
 πᾶσ' ἀναμορμύρεσκε κυκωμένη, ὑψόσε δ' ἄχνη
 ἄκροισι σκοπέλοισιν ἐπ' ἀμφοτέροισιν ἔπιπτεν·
 ἀλλ' ὄτ' ἀναβρόζειε θαλάσσης ἄλμυρὸν ὕδωρ,
 πᾶσ' ἔντοσθε φάνεσκε κυκωμένη, ἀμφὶ δὲ πέτρῃ
 δεινὸν ἐβεβρύχει, ὑπένερθε δὲ γαῖα φάνεσκε
 ψάμμω κυανέῃ: τοὺς δὲ χλωρὸν δέος ἦρει.
 ἡμεῖς μὲν πρὸς τὴν ἴδομεν δεῖσαντες ὄλεθρον:
 τόφρα δὲ μοι Σκύλλη γλαφυρῆς ἐκ νηὸς ἑταίρους
 ἐξ ἔλεθ', οἳ χερσὶν τε βίηφί τε φέρτατοι ἦσαν.
 σκεψάμενος δ' ἐς νῆα θοὴν ἅμα καὶ μεθ' ἑταίρους
 ἦδη τῶν ἐνόησα πόδας καὶ χεῖρας ὑπερθεῖν
 ὑψόσ' ἀειρομένων: ἐμὲ δὲ φθέγγοντο καλεῦντες
 ἐξονομακλήδην, τότε γ' ὕστατον, ἀχνύμενοι κῆρ.
 ὡς δ' ὄτ' ἐπὶ προβόλῳ ἀλιεὺς περιμήκει ῥάβδῳ
 ἰχθύσι τοῖς ὀλίγοισι δόλον κατὰ εἶδατα βάλλων
 ἐς πόντον προΐησι βοὸς κέρας ἀγραύλοιο,
 ἀσπαίροντα δ' ἔπειτα λαβῶν ἔρριψε θύραζε,
 ὡς οἳ γ' ἀσπαίροντες ἀείροντο προτὶ πέτρας:
 αὐτοῦ δ' εἰνὶ θύρῃσι κατήσθιε κεκληγῶτας
 χεῖρας ἐμοὶ ὀρέγοντας ἐν αἰνῇ δημοτῆτι:
 οἴκτιστον δὴ κείνο ἐμοῖς ἴδον ὀφθαλμοῖσι
 πάντων, ὅσσ' ἐμόγησα πόρους ἄλδς ἐξερεείνων.
 αὐτὰρ ἐπεὶ πέτρας φύγομεν δεινὴν τε Χάρυβδι
 Σκύλλη τ', αὐτίκ' ἔπειτα θεοῦ ἐς ἀμύμονα νῆσον
 ἰκόμεθ'^{1 2}

Homero, *Odisseia*, Canto XII, versos 235 a 262.

¹ Tradução de Frederico Lourenço: “Navegamos então para os estreitos, gemendo. De um lado estava Cila; do outro, a divina Caríbdis sugava de modo terrível a água salgada do mar. E quando vomitava, fervilhava toda remexida, como um caldeirão por cima de um grande fogo; e alta caía a espuma sobre os picos de ambos os rochedos. Mas quando voltava a sugar a água salgada, parecia toda revolta por dentro; em redor do rochedo soava um barulho terrível e a terra se tornava visível, negra de areia. Deles se apoderou o pálido terror. Para Cila olhámos com medo da morte, enquanto ela arrebatou seis companheiros da côncava nau, os que eram melhores pela força dos seus braços. Enquanto eu velava pela nau veloz e pelos outros, vi os seus pés e os seus braços a serem alçados: gritaram por mim e chamaram-me pelo nome, pela última vez, na angústia do seu coração. Tal como um pescador num promontório lança a isca para apanhar pequenos peixes, descendo numa cana comprida o chifre de um boi campestre e, depois de apanhar o peixe, o alça palpitante para fora – assim estrebuchavam eles ao serem içados para o rochedo. E ali à sua porta os devorou enquanto gritavam e estendiam para mim as mãos na luta de morte. Foi a coisa mais terrível que vi com os olhos de tudo quanto padeci nos meus caminhos do mar. Depois de termos escapado aos rochedos, a Caríbdis temível e a Cila, chegámos em seguida à ilha imaculada do deus.”

² Tradução de Trajano Vieira: “Pelo estreito, nós avançamos na amargura: Cila, de um lado; Caribde imortal em posição contrária, já sugava o mar salino, horrível. E quando o vomitava, gorgolhava toda fremente, igual a uma caldeira sob o imenso fogaréu. Do alto, a espuma decaía sobre o pico de ambos os escolhos. Mas, sorvendo-o, ampliformente aparecia nos baixios; a rocha, horrída, circum-mugia; embaixo, era possível ver o areal azul-cianuro. O medo cloro-esverdeado doma os nautas. Mirávamos Caribde, imaginando o fim, enquanto Cila agarra pelos braços seis dos meus melhores companheiros, ex-baixel. Quando volvi o olhar buscando-os no barco agil, só vislumbrei os pés e, acima, as mãos: suspensos no ar, gritavam ‘Odisseu!’, rogando, última vez: seus corações agonizavam. Como num promontório o pescador com verga longa lança aos peixinhos lascas enganosas de refeição, que prende ao chifre de um boi rude, para arrojá-lo em convulsão, fígado, o peixe, assim, na pedra, do ar, convulsos, se chocavam. Ali, à entrada, os devorou, bramantes, mãos tensas em minha direção na luta horrível. Foi o espetáculo mais duro que escrutei de quantos tenho suportado em sendas salsas. Prófugos dos rochedos de Caribde e Cila, não demorou para alcançarmos a ilha egrégia do sol.”

Introdução³

Depois de 10 anos de guerra sangrenta, Ulisses (ou Odisseu) deseja regressar para casa. Mal sabe ele que ainda terá de vagar por mais 10 anos e de enfrentar os mais diversos perigos antes de chegar ao lar. É esse o enredo, em apertadíssima síntese, da Odisseia, obra atribuída a Homero.

Dentre os perigos enfrentados por Ulisses em sua travessia epopeica, celebrou-se a passagem em que o herói e sua tripulação enfrentam Cila e Caríbdis, os dois monstros mitológicos.⁴ Sob esse pano de fundo, escolher entre Cila e Caríbdis tornou-se sinônimo de decidir entre dois males. Trata-se de enfrentar um dilema, sem uma saída agradável.

³ As traduções do alemão, inglês, latim e grego antigo usadas ao longo do texto foram feitas livremente pelo autor, salvo indicação em sentido contrário. A observação vale, notadamente, para a Parte III do trabalho, caso em que contamos com o auxílio de Thiago Peres para levar a cabo algumas das traduções do inglês. Quanto à notação das decisões alemãs citadas durante o texto, mister se faz tecer algumas considerações. Tradicionalmente, as decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão são publicadas em uma coletânea intitulada “Decisões do Tribunal Constitucional Federal” (*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*). A coletânea é normalmente abreviada por meio da sigla “BVerfGE”. Nesse caso, indicam-se o volume e a página de início da transcrição daquela decisão. Assim, temos “BVerfGE 7, 198”, para designar a decisão que se encontra no volume 7 da coletânea, com início na página 198 do respectivo volume. Especificamente, nesse caso, trata-se do denominado *Liith-Urteil*. Nesse contexto, “BVerfGE 7, 198 (199)” indica um trecho do *Liith-Urteil* que se encontra precisamente na página 199 do volume correspondente. Essa é a forma usual de citar as decisões já catalogadas do Tribunal Constitucional Federal. É sempre problemático, contudo, citar julgamentos muito recentes dessa forma, já que eles levam tempo para serem publicados no compêndio de decisões. Neste trabalho, optou-se por citar as decisões já incluídas no compêndio por meio da abreviatura “BVerfGE”. Entretanto, as decisões que ainda não foram publicadas foram mencionadas de acordo com o número do processo que originou o respectivo julgado, em consonância com o regime de citações indicado no sítio eletrônico do próprio Tribunal (e.g. *BVerfG*, 2 PBvU 1/11).

⁴ cf. HORNBLOWER, Simon; SPAWFORTH, Antony. *The Oxford Classical Dictionary*. 3rded. Oxford: Oxford University Press, 2003. pp. 319, 1374

A alusão aos monstros da mitologia grega faz referência àquele que talvez seja o maior dilema do Direito Constitucional: o nó górdio entre democracia e Jurisdição Constitucional. Onde começa e onde termina a discricionariedade do legislador? Onde começa e onde termina a competência do juiz constitucional?

O problema assume contornos ainda mais complexos, quando pensamos no “dilema da vinculação aos direitos fundamentais” (*Dilemma der Grundrechtsbindung*). Ei-lo parafraseado: como pode o legislador estar vinculado aos direitos fundamentais, se cabe a ele próprio conformar ou concertar tais direitos, para que o indivíduo possa deles fazer uso?⁵

Ao enunciar o dilema, CHRISTIAN BUMKE pensava especialmente nos direitos fundamentais que são garantias institucionais. É o caso, por exemplo, do direito fundamental à propriedade, que, embora previsto na Constituição, se define a partir de uma lei ordinária – o Código Civil. Como vincular o legislador, se a própria circunscrição do conteúdo do direito está em norma infraconstitucional? O problema, porém, faz-se presente, em alguma medida, em todos os direitos fundamentais. Nenhum deles prescinde totalmente de medidas legislativas. E, ainda que não fosse esse o caso, é certo que os bens jurídico-constitucionais colidem a cada instante. Se, ao menos em princípio, cumpre ao legislador harmonizar tais conflitos, como exatamente ele estará vinculado aos direitos fundamentais?

A ideia de que o legislador e a vontade da maioria estão subordinados a um documento hierárquica e normativamente

⁵ cf. BUMKE, Christian. *Ausgestaltung von Grundrechten*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009. pp. 5, 31ss.

superior aos demais atos normativos causa, por si só, inúmeras consequências. Aliás, um destacado comentador da obra do filósofo MARTIN HEIDEGGER cunhou a expressão “diferença constitucional”⁶ para referir-se ao divórcio original entre a Constituição e as leis. Tomou-se de empréstimo a célebre “diferença ontológica” de HEIDEGGER.⁷

Assim, a Constituição diferenciaria-se dos demais atos normativos analogamente ao Ser que se diferencia dos entes. O âmbito ontológico estaria para o ôntico, assim como o constitucional está para o legal. Isso porque a Constituição estabelece critérios de validade e promulgação legiferante que ela própria não pode seguir, mas que serve para os demais atos normativos.⁸

Segundo a comparação, a Constituição seria prévia, superior e juridicamente ilimitada, porque só ela atribui sentido jurídico a todo o resto do ordenamento. Ela é, portanto, original e fundante, em acepção semelhante ao Ser que instaura os entes, do ponto de vista heideggereano.⁹

Defendemos nas páginas que se seguirão que a adoção de níveis de intensidade do controle judicial contribuirá para uma atuação mais previsível por parte do juiz constitucional. O

⁶ HAUGELAND, John. *Dasein Disclosed*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2013. pp. 53-5

⁷ HEIDEGGER, Martin (1927). *Sein und Zeit*. Tübingen: Niemeyer, 2006. p. 6; HEIDEGGER, Martin (1927). *Grundprobleme der Phänomenologie*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2005. pp. 22, 102, 454-5

⁸ HAUGELAND, John. *Dasein Disclosed*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2013. pp. 53-5

⁹ HAUGELAND, John. *Dasein Disclosed*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2013. pp. 53-5

trabalho admite o uso da máxima da proporcionalidade como critério de constitucionalidade das leis que limitam direitos fundamentais. Argumenta-se, contudo, que a máxima da proporcionalidade, por si só, fica aquém do desejável. É necessário “concretizá-la”, dando-lhe contornos mais rígidos.

A assim chamada “contradição insolúvel entre a liberdade individual e a autodeterminação democrática”¹⁰ reclama uma solução – ou uma tentativa ou esboço de solução – compatível com a sua complexidade. A adoção de níveis de intensidade de controle judicial restringe a atuação do juiz e distribui de maneira mais transparente – e menos flexível – os ônus argumentativos.

Este é, portanto, um trabalho sobre a teoria geral dos direitos fundamentais. Entretanto, o fio condutor de toda a exposição será o direito fundamental à liberdade de expressão. Essa escolha deve-se não apenas ao fato de que a liberdade de expressão funcionará como exemplo de que os níveis de intensidade de controle podem – e devem – ser usados, mas também porque a liberdade de expressão possui peculiaridades que reclamam um controle de maior intensidade.¹¹

Conforme indicado ao longo do texto, a proposta deste trabalho “(...) almeja evitar tanto Cila quanto Caríbdis, pois tão necessário quanto obstar a excessiva politização dos direitos fundamentais, entregando-os à livre disposição do legislador

¹⁰ MÖLLERS, Christoph. *Die drei Gewalten: Legitimation der Gewaltengliederung in Verfassungsstaat, Europäischer Integration und Internationalisierung*. Weilerswist: Velbrück Wissenschaft, 2008.

¹¹ cf. Parte IV, Seção 4, item “b”, *infra*.

infraconstitucional, é evitar-se, outrossim, a excessiva juridicização dos direitos fundamentais, a qual se manifesta precipuamente na tendência de encontrar uma solução para todos os problemas jurídicos na Constituição.”¹²

Convidamos, portanto, o leitor a percorrer uma Odisseia; ao longo dessa travessia, serão abordados conceitos como *narcisismo constitucional*, *humildade constitucional*, *prudência constitucional*, *Tribunal Constitucional como Navalha de Ockham*, *ὕβρις (hubris) judiciária*, *motivos endoconstitucionais e estruturoconstitucionais de redução da margem de discricionariedade do legislador*, etc.

O fio condutor da exposição – o direito fundamental à liberdade de expressão – é um dos mais difundidos direitos fundamentais no mundo. Ele encontra-se previsto em numerosos textos constitucionais, além de ser assegurado por meio de diferentes tratados internacionais.

A título de exemplo, é possível mencionar os seguintes países cujas Constituições consignam expressamente a garantia da liberdade de expressão: Afeganistão (art. 34), África do Sul (art. 16)¹³, Albânia (art. 22, (1)), Argélia (art. 41), Andorra (art. 12), Angola (arts. 32 e 40), Antígua e Barbuda (arts. 3, “b”; e 12), Argentina (art. 14), Armênia (art. 27), Azerbaijão (art. 47), Bahamas (art. 23), Bahrein (art. 23), Bangladesh (art. 39, (2)), Barbados (arts. 11, “d”; e 20), Bielorrússia (art. 33), Bélgica (art.

¹² cf. Parte IV, Seção 5, *infra*.

¹³ Para a atuação da Corte Constitucional da África do Sul em matéria de direitos fundamentais, inclusive quanto à liberdade de expressão, cf. COSTA NETO, João. ‘A Corte Constitucional sul-africana e os direitos fundamentais: um paradigma a ser seguido?’ (2014) 7 *Observatório da Jurisdição Constitucional*, 190–225.

19), Belize (art. 3, “b”; e 12), Benim (art. 23), Butão (art. 7, (2)), Bolívia (art. 21, (5)), Bósnia e Herzegovina (art. 2, (3), “h”), Botsuana (seção 12), Brasil (art. 5º, IV e IX), Bulgária (arts. 34, (1); e 39), Burquina Faso (art. 8), Burundi (art. 31), Camboja (art. 41), Camarões (item 16 do preâmbulo), Canadá (parte I, seção B, art. 2, “b”)¹⁴, Cabo Verde (arts. 27, (2); e 45, (1)), Cazaquistão (art. 20, (1)), Chade (art. 27), Chile (art. 19, (12)), China (art. 35), Cingapura (art. 14, (1), “a”), Colômbia (art. 20), Comores (preâmbulo), Coreia do Norte (art. 67), Coreia do Sul (art. 21), Cosovo (art. 40), Costa Rica (arts. 28 e 29), Costa do Marfim (arts. 9 e 10), Croácia (art. 38), Cuba (art. 53), Chipre (art. 19, (1)), Dinamarca (art. 77), Dominica (art. 1, “b”), Equador (arts. 39; 45; e 66, (6), (13)), Egito (art. 65), El Salvador (art. 6), Emirados Árabes Unidos (art. 30), Eritreia (art. 19, (2)), Eslováquia (art. 26, (1)), Eslovênia (art. 39), Espanha (art. 20, (1), “a”), Estados Unidos (primeira emenda), Estônia (art. 45), Etiópia (art. 29), Fiji (art. 17), Finlândia (art. 12), França (art. 11)¹⁵, Gabão (art. 1, (2)), Gâmbia (art. 25 (1), “a”), Geórgia (art. 19, (1)), Alemanha (art. 5, (1)), Gana (art. 21, “a”), Grécia (art. 14, (1)), Granada (art. 10), Guatemala (art. 35), Guiné (art. 27), Guiné-Bissau (art. 44), Guiné Equatorial (art. 13, “b”), Guiana (arts. 40, (1), “b”; e 146), Haiti (art. 28), Honduras (arts. 72 e 74), Hungria (art. 9, (1), (4),

¹⁴ Refere-se à *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, que compõe o *Constitution Act 1982*. A propósito, cf. WEBBER, Jeremy. *The Constitution of Canada: A Contextual Analysis*. Oxford: Hart, 2015.

¹⁵ Refere-se ao art. 11 da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789*, parte integrante do Bloco de Constitucionalidade francês. Nesse sentido, cf. BOYRON, Sophie. *The Constitution of France: A Contextual Analysis*. Oxford: Hart, 2013.

(5)), Iêmen (art. 42), Ilhas Marshall (art. 1, (1)), Ilhas Salomão (arts. 3, “b”; e 12), Índia (art. 19, (1)), Indonésia (art. 28E, (2)), Iraque (art. 38), Irlanda (art. 40, (6), (1º)), Islândia (art. 73), Itália (art. 21), Jamaica (arts. 13, “b”; e 22, (1)), Japão (art. 21), Jibuti (art. 15), Jordânia (art. 15, (1)), Kuaite (art. 36), Laos (art. 44), Letônia (art. 100), Líbano (art. 13), Lesoto (arts. 4 (1); e 14), Libéria (art. 15), Líbia (art. 14), Liechtenstein (art. 40), Lituânia (art. 25), Luxemburgo (art. 24), Macedônia (art. 16), Madagascar (art. 10), Malawi (art. 35), Malásia (art. 10, (1)), Mali (art. 4), Malta (art. 41), Maurícia (arts. 3, “b”; e 12, (1)), Mauritânia (art. 10), México (arts. 6 e 7), Micronésia (art. 4, (1)), Moldávia (art. 32, (1)), Mônaco (art. 23), Mongólia (art. 16, (16)), Montenegro (arts. 46 e 47), Marrocos (arts. 25 e 28), Moçambique (art. 48, (1)), Myanmar (art. 354), Namíbia (art. 21, (1), “a”), Nauru (arts. 3 e 12, (1)), Nepal (art. 12, (3), “a”), Nova Zelândia (art. 14)¹⁶, Nicarágua (art. 30), Níger (art. 30), Nigéria (art. 39, (1)), Noruega (art. 100), Omã (arts. 29 e 31), Paquistão (art. 19), Palau (art. 4, (2)), Papua Nova Guiné (art. 46), Paraguai (art. 26), Peru (art. 2), Filipinas (art. 3, (4)), Polônia (art. 54, (1)), Portugal (art. 37), Quênia (art. 33, (1)), Quiribati (arts. 3 e 12), Quirguistão (art. 31, (2)), Reino Unido (subtítulo 5, item 12)¹⁷, República Centro-Africana (art. 14), República das Maldivas (art. 27), República Democrática do

¹⁶ A numeração indicada diz respeito ao *New Zealand Bill of Rights Act*, de 1990.

¹⁷ Sabe-se que o Reino Unido não possui um documento que possa propriamente ser chamado de Constituição. A numeração indicada refere-se ao que mais se aproxima de uma: o *Human Rights Act*, de 1998. A respeito, cf. LEYLAND, Peter. *The Constitution of the United Kingdom: A Contextual Analysis*. 2nded. Oxford: Hart, 2012; LOUGHLIN, Martin. *The British Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

Congo (art. 23), República do Congo (art. 19), República Dominicana (art. 49), República Tcheca (art. 17)¹⁸, Romênia (art. 30), Rússia (art. 29, (1)), Ruanda (art. 34), São Cristóvão e Neves (art. 12), Santa Lúcia (preâmbulo, alínea “c”), São Vicente e Granadinas (arts. 1 e 10), Samoa (art. 13, (1), “a”), São Tomé e Príncipe (art. 28, (1)), Senegal (art. 10), Sérvia (art. 46), Seicheles (art. 22, (1)), Serra Leoa (art. 25), Somália (art. 18), Sudão do Sul (art. 24, (1)), Sri Lanka (art. 14, (1), “a”), Sudão (art. 39), Suriname (art. 19), Suazilândia (art. 24, (1)), Suécia (capítulo 2, parte 1, art. 1)¹⁹, Suíça (art. 16), Síria (art. 42, (2)), Taiwan (art. 11), Tajiquistão (art. 30), Tanzânia (art. 18, (1)), Timor-Leste (art. 40), Togo (art. 26), Tonga (art. 7), Trindade e Tobago (art. 4, “i”), Tunísia (art. 31), Turquia (art. 26), Turcomenistão (art. 28), Tuvalu (art. 24), Uganda (art. 29, (1), “a”), Ucrânia (art. 34), Uruguai (art. 29), Uzbequistão (art. 29), Vanuatu (art. 5, (1), “g”), Venezuela (art. 57), Vietnã (art. 69), Zâmbia (art. 20), Zimbábue (art. 61).

A heterogênea lista de países cujas Constituições garantem a liberdade de expressão permite antever que o fato de esse direito fundamental ter tamanha capilaridade não significa

¹⁸ Trata-se do art. 17 da Carta de Direitos Fundamentais e Liberdades Básicas (*Listina základních práv a svobod*, No. 2/1993 Coll.), documento com o mesmo *status* da Constituição da República Tcheca. Ambos integram a Ordem Constitucional da República Tcheca, de maneira análoga ao que ocorre com o Bloco de Constitucionalidade francês.

¹⁹ A numeração indicada refere-se ao assim chamado Instrumento de Governo (*Regeringsformen*), de 1974. Este documento atribui, por meio de seu art. 3, *status* constitucional a quatro leis – inclusive ao próprio Instrumento de Governo –, intitulado-os Leis Fundamentais. A última das leis fundamentais dedica-se especificamente à liberdade de expressão. Trata-se da Lei Fundamental sobre Liberdade de Expressão, de 1991 (*Yttrandefrihetsgrundlagen*).

que ele seja uniformemente protegido. Na verdade, poucos temas de direito constitucional parecem suscitar tanta divergência quanto a discussão sobre a abrangência que se deve atribuir à proteção do discurso.

Eis, portanto, a questão fulcral, a *Gretchenfrage*, que nos é dirigida hoje quando se trata de liberdade de expressão: como encontrar a medida certa de proteção jurídica que se deve dar ao discurso? Para responder essa pergunta, precisamos encontrar o equilíbrio entre as esferas de atuação do legislador, que limita a liberdade de expressão, e do juiz constitucional, que deve zelar pela eficácia desse direito fundamental.

Encontramo-nos entre dois polos, entre dois abismos em potencial. Se favorecermos em demasia o legislador, os direitos fundamentais perderão sua razão de ser; seremos, portanto, abocanhados por Cila. Por outro lado, se concederemos poder excessivo aos juízes, acabaremos com a democracia; seremos, portanto, engolidos por Caríbdis. É esse o pano de fundo da presente investigação.

Este texto foi dividido em quatro partes. Primeiramente, dedica-se aos fundamentos que justificam ou legitimam a proteção de que goza a liberdade de expressão. Em outras palavras, buscou-se entender por que se deve proteger constitucionalmente a liberdade de expressão. Trata-se de um meio para promover a democracia? Identificaram-se dois tipos básicos de argumento: o primeiro baseia-se em considerações consequencialistas ou instrumentais; o segundo, em motivos deontológicos ou intrínsecos. Chegou-se à conclusão de que os argumentos consequencialistas reforçam a necessidade de se

tutelar juridicamente a liberdade de expressão. Os argumentos consequencialistas, por si sós, não são, contudo, suficientes para justificar a liberdade de expressão satisfatoriamente.

Na segunda parte, procedeu-se a uma sucinta análise da liberdade de expressão nos ordenamentos jurídicos alemão e norte-americano. Ambos garantem a liberdade de expressão como um direito fundamental. Porém, embora os dois o façam, cada sistema protege a liberdade de expressão de maneira diferente. *Grosso modo*, pode-se dizer que, no direito norte-americano, a liberdade de expressão é menos limitada e menos restrita do que na Alemanha. Dessa forma, trata-se de dois paradigmas distintos sobre como garantir a liberdade de expressão. O cotejo em questão foi feito predominantemente a partir do estudo das orientações jurisprudenciais dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário dos EUA e da Alemanha, nomeadamente, a Suprema Corte e o Tribunal Constitucional Federal.

A terceira parte tenta provar uma tese: a de que é possível – e até necessário – unir o sopesamento e o caráter de trunfo dos direitos fundamentais. Nesse sentido, concluímos que a liberdade de expressão é uma forma de – ou análoga a uma – promessa. Enquanto tal, a liberdade de expressão é uma razão excludente (*exclusionary reason*) e, portanto, neutraliza argumentos e interesses que normalmente teriam maior impacto, se não fosse a força do trunfo (isto é, do direito fundamental). Foram deduzidas e esclarecidas importantes consequências a partir da relação entre a liberdade de expressão e as promessas. Tais consequências influem, inclusive, sobre os fundamentos e o grau de proteção que se deve conceder à liberdade de expressão,

o que une as partes primeira e terceira deste trabalho. Também discorreremos sobre as preferências abstratas no sopesamento, sobre a “margem de vitória” ou “vantagem prévia” (*winning margin*; *Abwägungsvorsprung*) do direito fundamental, sobre as teorias interna e externa dos direitos fundamentais, sobre as críticas ao sopesamento, etc.

A quarta parte explica brevemente no que consistem os níveis de intensidade ou densidade de controle judicial, por meio dos *standards of review*, do direito norte-americano, e dos *Kontrolldichten*, do direito alemão. Discorre-se também sobre a *Stufentheorie*, aplicada na Alemanha ao direito fundamental à liberdade profissional. Os níveis de intensidade ou densidade fornecem maior racionalidade e previsibilidade às decisões judiciais. Se corretamente aplicados, eles podem servir para delimitar mais claramente o espaço de margem de conformação ou discricionariedade de que dispõe o legislador.²⁰ Daí dizer-se que os níveis de intensidade ajudam a concretizar a chamada Constituição-moldura – isto é, aquela que não proíbe, nem exige

²⁰ Em regra, traduziu-se “*Spielraum*” por “margem de conformação” ou “margem de ação”, já que, em alemão, o termo “discricionariedade” é melhor traduzido como “*Ermessen*”, que é o termo técnico correspondente em Direito Administrativo. Daí falar-se em *Ermessensspielraum*. Se traduzíssemos “*Spielraum*” por “discricionariedade” – conforme fez VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA ao traduzir a obra *Teoria dos Direitos Fundamentais* de ROBERT ALEXY –, teríamos que traduzir “*Ermessensspielraum*” por “discricionariedade da discricionariedade”, o que seria inadequado. Por isso, preferimos a tradução “margem de conformação”. Houve, porém, algumas exceções que serão facilmente notadas e compreendidas ao longo do texto – e no próprio título do trabalho, evidentemente –, mormente quando nos pareceu que o termo soava estranho, pouco intuitivo ou excessivamente longo. Nestes casos, usou-se apenas “discricionariedade”, ainda que não se trate da solução ideal.

tudo; que deixa um espaço em branco, uma moldura, dentro da qual o legislador democraticamente legitimado poderá agir.

Ainda na quarta parte, entendeu-se que a margem de conformação do legislador deve ser ampla, em regra. Todavia, há áreas constitucionalmente tuteladas em que ela é menos ampla ou, até mesmo, bastante restrita. Isso ocorre em função de *motivos endoconstitucionais* ou *estruturoconstitucionais*. *Endoconstitucionais* são as razões específicas ou internas a um dado texto constitucional. *Estruturoconstitucionais* são razões estruturais ou conglobantes, que geralmente defluem da própria ideia de Constituição democrática. Exemplificou-se que, no Brasil, tudo leva a crer, diante dos dispositivos constitucionais e da realidade atual do Congresso Nacional, que o legislador brasileiro infraconstitucional dispõe de pouca margem de conformação no que se refere ao meio ambiente. Isso por razões endoconstitucionais, que foram devidamente enumeradas. Por outro lado, a pouca liberdade de que deve dispor o legislador infraconstitucional para concertar as relações jurídicas e as normas eleitorais é de tipo estruturoconstitucional, assim como ocorre com a liberdade de expressão.

A liberdade de expressão foge à regra segundo a qual a margem de conformação do legislador deve ser ampla. Normalmente, em uma democracia, os dispositivos constitucionais devem ser interpretados de modo a delinear de maneira ampla e pouco restritiva as molduras superior (*Übermaßverbot*) e inferior (*Untermaßverbot*) dentro das quais o legislador pode agir. Todavia, sobretudo em virtude dos robustos e numerosos fundamentos que a legitimam e justificam, a

liberdade de expressão ostenta um regime constitucionalmente privilegiado. Tal regime não lhe é exclusivo, já que se viu que é semelhante ao das regras eleitorais, por exemplo; mas não só.

Os fundamentos consignados na primeira parte deste trabalho densificam a necessidade e o âmbito de proteção da liberdade de expressão; conseqüentemente, impõe-se um grau de intensidade ou densidade maior ao controle judicial exercido sobre medidas que visem a limitar a liberdade de expressão.

Na quarta parte, propusemos um modelo semelhante à *Stufentheorie*, porém aplicável à liberdade de expressão. As diferentes espécies de discurso foram classificadas em 3 grupos: discurso político, discurso não-político e discurso meramente empresarial. A cada grupo foi atribuído um peso abstrato específico e requisitos mais claros para eventual limitação por lei. Com isso, espera-se ganhar previsibilidade, estabilidade e transparência no controle judicial de leis que restringem a liberdade de expressão.

Parte I – Dos fundamentos do direito fundamental à liberdade de expressão

1) Considerações iniciais

O principal foco do presente trabalho é a liberdade de expressão em sua dimensão negativa. Cuida-se, portanto, do direito de expressar-se sem obstáculos ou restrições.²¹ Esse direito é oposto, em princípio, contra o Estado. Nessa perspectiva, qualquer obstáculo ou estorvo contra aquele que manifesta suas opiniões configura, em alguma medida, uma interferência no direito à liberdade de expressão.

Podem ser considerados obstáculos ao mencionado direito fundamental a censura, sanções penais, cíveis ou administrativas, ameaças de violência, restrições legais, queima de livros, *softwares* de bloqueio de páginas na *internet*, etc.²² Decerto, há muita controvérsia acerca do que seja um obstáculo à liberdade de expressão. Porém, os exemplos dados acima fornecem uma ideia inicial do contexto em que se insere o problema.

A seu turno, também se discute sobre a definição de “discurso”. No momento apropriado, serão apresentadas

²¹ Sobre o conceito de liberdade negativa em oposição ao de liberdade positiva, cf. BERLIN, Isaiah (1958). ‘Two Concepts of Liberty’, in *Liberty*. Oxford: Oxford University Press, 2002. pp. 169-78. Sobre a relevância dessa diferença para a máxima da proporcionalidade, cf. BERNAL PULIDO, Carlos. *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. 3ªed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. pp. 472-5; BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien*. 2.Auf. Baden-Baden: Nomos, 2007. pp. 47ss.

²² WARBURTON, Nigel. *Free Speech*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 8

diferentes perspectivas a propósito do tema, mormente à luz dos ordenamentos jurídicos alemão e norte-americano.²³ Não obstante, é preciso antecipar, por ora, que o discurso abrangido pela liberdade de expressão é normalmente entendido em acepção assaz ampla. Desse modo, inclui vários meios e formas de expressão, como a escrita em geral (jornais, peças, romances, etc.), filmes, vídeos, caricaturas, etc. Há inúmeras formas de manifestar opinião, desde queimar uma bandeira até publicar críticas em um *blog* na *internet*.²⁴ Saber quais delas são admissíveis é uma das mais debatidas questões constitucionais.

Se, de um lado, a definição do que seja discurso é, em princípio, ampla, por outro lado é necessário saber o que justifica tamanha proteção. É especialmente relevante investigar os fundamentos da liberdade de expressão, porque, a partir deles, será possível aferir que limites podem ser legitimamente impostos a esse direito fundamental. Em linhas gerais, é possível agrupar os argumentos que embasam a proteção do discurso em duas categorias: (1) justificativas de tipo instrumental ou consequencialista; (2) justificativas de tipo intrínseco ou deontológico.

No primeiro caso, tutela-se a liberdade de expressão por causa de algum benefício ou vantagem a ser obtida. Alega-se, por exemplo, que a liberdade de expressão é crucial para o funcionamento apropriado da democracia, ou para o florescimento da sociedade, ou para a obtenção da verdade. Perceba-se que, sob essa ótica, a garantia constitucional é vista

²³ cf. Parte II, *infra*.

²⁴ WARBURTON, Nigel. *Free Speech*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 5

como um meio através do qual se obterá um benefício, um objetivo almejado.²⁵

No segundo grupo, há os argumentos que buscam fundamentar o direito fundamental à liberdade de expressão independentemente de qualquer resultado que daí possa advir. Em linhas gerais, parte-se de uma concepção de indivíduo baseada na autonomia ou na dignidade, de sorte que a limitação do discurso é vista como um desrespeito à capacidade, insita a cada indivíduo, de pensar e decidir por si próprio. Nesse contexto, o valor da liberdade de expressão seria intrínseco ao conceito de autonomia garantido a todo ser humano.²⁶

2) Justificativas de tipo instrumental ou consequencialista

As justificativas de tipo instrumental ou consequencialista foram classificadas em três grandes grupos: a) argumentos baseados na busca pela verdade; b) abordagem democrático-funcional; c) fomento da tolerância e do pluralismo. É despidendo dizer que o rol listado é meramente exemplificativo. É perfeitamente possível conceber outras teorias que legitimem a proteção jurídica da liberdade de expressão.

O propósito desta Parte I, contudo, é apenas fornecer subsídios para classificar o discurso de acordo com o grau de proteção que se lhe deve atribuir. Para tanto, as teorias apresentadas já se mostram satisfatórias.

²⁵ WARBURTON, Nigel. *Free Speech*. Oxford: Oxford University Press, 2009. pp. 16-7

²⁶ WARBURTON, Nigel. *Free Speech*. Oxford: Oxford University Press, 2009. pp. 16-7

a) Argumentos baseados na busca pela verdade

Os defensores de argumentos baseados na busca pela verdade acreditam que a liberdade de expressão deve ser garantida, a fim de que haja uma maior probabilidade de ser descoberta a verdade. Intuitivamente, se as ideias circularem livremente, não haverá o risco de alguma verdade ser silenciada; de ficarmos privados de a conhecer.

É difundida a metáfora – associada à tese da busca pela verdade – de que se deve instituir um verdadeiro “mercado livre de ideias” (*free market of ideas* ou *marketplace of ideas*). Ver-se-á, na Parte II, que esse termo foi utilizado pela Suprema Corte em mais de um julgado.²⁷ Os argumentos que buscam justificar a proteção da liberdade de expressão com fulcro na busca pela verdade partem, em geral, de um pressuposto epistêmico: a falibilidade.

Sob essa ótica, todos os seres humanos são falíveis, o que significa, obviamente, que todos podem equivocarse quanto ao que seja a verdade. Só seria admissível conceder o poder de censurar uma opinião, se algumas pessoas tivessem um acesso privilegiado à verdade. Todavia, como tais pessoas não existem – porquanto a falibilidade cognitiva é uma limitação inerentemente humana –, os ganhos oriundos de permitir o livre fluxo de ideias superam as respectivas perdas.

Dito de outra maneira: quando há liberdade de expressão, verdades que seriam suprimidas são preservadas.

²⁷ cf., e.g., *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 626 (1919) (Holmes, J., dissenting)

Ainda que algumas das ideias livremente em fluxo sejam efetivamente falsas, o ganho ao se preservarem aquelas que são verdadeiras supera a perda de manter as falsas em circulação.

Repare-se que o argumento da busca pela verdade é fortemente instrumental, pois defende-se a liberdade de expressão como meio para a obtenção de um resultado que se julga desejável: a maior probabilidade de encontrar a verdade. Não é de surpreender, portanto, que um dos mais célebres defensores da busca pela verdade como fundamento para a tutela da liberdade de expressão seja o filósofo utilitarista JOHN STUART MILL.²⁸

b) Abordagem democrático-funcional

Conforme a abordagem democrático-funcional, os direitos fundamentais servem para promover a democracia. Eles devem ser garantidos em função das vantagens que trazem para o debate público e político. Destacam-se, portanto, os direitos fundamentais à liberdade de expressão, de associação e de reunião.²⁹

ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE classifica a teoria democrático-funcional dos direitos fundamentais como uma teoria axiológica. Segundo ele, ao contrário da teoria liberal dos direitos fundamentais, a teoria democrático-funcional não

²⁸ cf. STUART MILL, John (1859). 'On Liberty', in *On Liberty and Other Essays*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

²⁹ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang (1975). 'Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation', in *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht: Aufsätze von Ernst-Wolfgang Böckenförde*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2006. p. 175

assegura os direitos fundamentais enquanto direitos subjetivos dos cidadãos.³⁰

Sob essa perspectiva, a teoria democrático-funcional garantiria os direitos fundamentais apenas à luz de uma ordem objetiva, fundada em uma decisão axiológica (*Wertenstscheidung*).³¹ Realça-se, portanto, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, em detrimento da dimensão subjetiva.³²

A dimensão democrático-funcional transforma o processo democrático no sentido derradeiro dos direitos fundamentais. Contribuir para a formação da vontade política da sociedade passa, dessa forma, a ser o fator constitutivo, a razão de ser, dos direitos fundamentais.

Mesmo os direitos que não possuem conotação democrática evidente só serão garantidos na exata medida em que colaborarem para a construção de um Estado de Direito, formado por cidadãos livres. Trata-se de assegurar as condições para que o cidadão participe livremente do debate.³³

³⁰ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang (1975). ‘Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation’, in *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht: Aufsätze von Ernst-Wolfgang Böckenförde*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2006. p. 172

³¹ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang (1975). ‘Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation’, in *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht: Aufsätze von Ernst-Wolfgang Böckenförde*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2006. p. 175

³² Sobre as dimensões subjetiva e objetiva, cf. STERN, Klaus. ‘Einleitung’, in STERN, Klaus; BECKER, Florian. *Grundrechte-Kommentar*. Köln: Carl Heymanns, 2010. pp. 17ss.; JARASS, Hans D. ‘Funktionen und Dimensionen der Grundrechte’, in MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen. *Handbuch der Grundrechte: Allgemeine Lehren I*. München: C.F. Müller, 2006.

³³ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang (1975). ‘Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation’, in *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht: Aufsätze von Ernst-Wolfgang Böckenförde*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2006. p. 176

É despidendo dizer que, sob esse pano de fundo, o direito fundamental à liberdade de expressão possui valor meramente instrumental. Em outras palavras, garante-se a liberdade de expressão na proporção em que ela contribui para a processo político de formação da vontade coletiva.

c) Fomento da tolerância e do pluralismo

De acordo com a teoria baseada no fomento da tolerância e do pluralismo, uma sociedade que preze pela liberdade de expressão terá mais chances de promover a tolerância. Entende-se que, dessa forma, a comunidade mais provavelmente aceitará a coexistência de opiniões, ideias e modos de vida diversos.³⁴

LEE BOLLINGER destaca-se como um dos defensores do fomento à tolerância e ao pluralismo. Para ele, proteger a liberdade de expressão implica conter o “impulso censitário” da sociedade. Trata-se de combater a intolerância, em suas diferentes aparições e esferas, por meio da liberdade de expressão.³⁵

Assim, a liberdade de expressão promoveria a tolerância em geral, funcionando como instrumento para a consecução desse fim. A proteção à liberdade de expressão

³⁴ MILO, Dario; PENFOLD, Glenn; STEIN, Anthony. ‘Freedom of Expression’, in WOOLMAN, Stu; BISHOP, Michael. *Constitutional Law of South Africa*. 2nd ed. Cape Town: Juta, 2013. p. 42/28

³⁵ cf. BOLLINGER, Lee C. *The Tolerant Society*. New York: Oxford University Press, 1986; BOLLINGER, Lee C. *Images of a Free Press*. Chicago: University of Chicago Press, 1991; BOLLINGER, Lee C. *Uninhibited, Robust, and Wide-Open: A Free Press for a New Century*. New York: Oxford University Press, 2010.

justificar-se-ia e moldar-se-ia em função desse objetivo – o fomento à tolerância e ao pluralismo.

d) Vantagens das teorias de tipo instrumental ou consequencialista

As teorias de tipo instrumental realçam o bem do qual derivam sua justificativa. Nesse sentido, a teoria fundada na busca pela verdade indica, de antemão, seu alicerce: a busca pela verdade. Esse tipo de teoria sujeita-se mais claramente a críticas, e permite à população decidir se os bônus trazidos pela liberdade de expressão superam seus ônus.

Adotado um objetivo a ser perseguido por meio da liberdade de expressão, ter-se-á um parâmetro mais claro para discernir o discurso que merece proteção daquele que não a merece. As limitações à liberdade de expressão poderão, portanto, pautar-se pelo resultado que se deseja alcançar.

Do ponto de vista coletivo, também parece mais fácil justificar as teorias instrumentais, pois alega-se que a sociedade receberá um benefício, uma vantagem. O fomento da prática democrática, por exemplo, fornece uma justificativa nessa linha. Presumidamente, trata-se de uma proposta mais palatável à coletividade. Assim, promete-se ao povo uma sociedade melhor, a longo prazo, desde que tutelado juridicamente o discurso, ainda que impopular.

e) Insuficiências das teorias de tipo instrumental ou consequencialistas

RONALD DWORKIN sustenta que argumentos de tipo instrumental sequer são capazes de justificar a contento a proteção do discurso político. Se a liberdade de expressão é necessária para que o povo possa controlar a si mesmo e tomar suas decisões coletivas livremente, então há sólidos motivos para impedir que o Estado oculte certas informações da população.³⁶

Contudo, se o próprio povo como um todo – e não meramente o Estado – chega à conclusão esclarecida de que uma dada informação ou manifestação de pensamento deve ter sua divulgação impedida, então não haveria razão para impedir que a própria população o fizesse. O argumento não parece esclarecer por que motivo não poderia a maioria impor censura após uma deliberação democrática de espécie plebiscitária, por exemplo.³⁷ Tampouco fica claro por que opiniões sabidamente injuriosas à honra de uma figura política, por exemplo, merecem algum tipo de proteção.³⁸

Se a liberdade de expressão se basear exclusivamente na desconfiança perante o governo e na sua aptidão para manipular informações, é forçoso admitir que o povo pode vedar certas formas de discurso político. Todavia, essa conclusão não se afigura plausível, de modo que a invalidade da conclusão

³⁶ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996. p. 203

³⁷ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996. p. 203

³⁸ cf. FISH, Stanley. *There's No Such Thing As Free Speech, and it's a Good Thing, Too*. New York: Oxford University Press, 1994. FISH critica o liberalismo e a ideia de que a liberdade de expressão pode ser de alguma forma neutra. Para o autor, qualquer proteção da liberdade de expressão será, em certa medida, arbitrária e política, pois implicará rejeitar certos discursos em favor de outros.

denuncia a falsidade da premissa. Se não se admitir que o povo pode censurar o discurso político, outra deverá ser a justificativa para a liberdade de expressão.

No que se refere ao direito constitucional, é ínsito à ideia de hierarquia formal-normativo-constitucional que os dispositivos previstos na Constituição estão acima das leis; e, portanto, acima da vontade das maiorias transitórias.

A regra em uma democracia é que a maioria decida, por meio de lei, todo tipo de problema que surgir. Quais as regras de trânsito? O que deve ser crime no país? Quais as hipóteses de responsabilidade civil? Quais as regras jurídicas que devem ser observadas na celebração de um contrato de compra e venda? Quais devem ser as excludentes de ilicitude ou de antijuridicidade nos crimes perpetrados no território nacional? Qual o prazo de interposição do recurso de apelação no processo civil? E no processo penal? Todas essas perguntas são respondidas por meio de lei, ou seja, por meio de ato normativo infraconstitucional. Isso significa que a maioria sempre tem um vasto poder de escolha e disposição sobre essas matérias.

Constituições são feitas para tratar de questões essenciais, questões consideradas tão cruciais que não podem ser alteradas por uma simples maioria. Por isso, da mesma maneira que é errado exigir quóruns qualificados para decidir trivialidades³⁹, é equivocado deliberar, por meio de maioria simples, sobre matérias que possuem assento eminentemente

³⁹ MORLOK, Martin; MICHAEL, Lothar. *Staatsorganisationsrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2013. p. 150; O entendimento de que não há hierarquia entre lei ordinária e lei complementar, sufragado pelo STF, adota fundamentos análogos. A respeito, cf. STF, RE 377.457/PR, Rel. MIN. GILMAR MENDES, julgado em 17/09/08, DJ 29/09/08.

constitucional. No primeiro caso, priva-se a maioria da sociedade de sua prerrogativa de autodeterminação coletiva; no segundo, retira-se das minorias o direito de que certas decisões fundamentais somente sejam tomadas com a sua concordância.

Uma maioria não-qualificada não tem – ao menos em algumas matérias – o direito de impor sua vontade às minorias⁴⁰, assim como as minorias não possuem, em regra, o direito de impedir a maioria de realizar sua vontade por meio de leis apropriadamente promulgadas.

Os direitos fundamentais não estão livremente à disposição das majorias. Portanto, nem mesmo o povo se encontra autorizado a vedar as formas de discurso político que estejam protegidas pela liberdade de expressão. Nesse contexto, parece claro que as teorias de tipo instrumental não oferecem fundamento satisfatório para a garantia constitucional da liberdade de expressão.

Outrossim, esse tipo de teoria revela-se insuficiente quando se pensa nas formas de expressão sem conotação política imediata. Isso porque o discurso sem conotação política não contribui para o debate democrático. Existem manifestações de opinião que não visam a alterar a sociedade em que vivemos. Desde um ponto de vista puramente instrumental, não há motivos para proteger esse tipo de discurso.

Nas teorias baseadas na busca pela verdade, a liberdade de expressão deve ser protegida para que possamos chegar à verdade. Contudo, existem manifestações de opinião que

⁴⁰ KELSEN, Hans. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit* (VVDSStL, 5). Berlin u. Leipzig: Walter de Gruyter, 1929. p. 80

são pura e simplesmente opiniões. Ou seja: não falam sobre fatos ou sobre como o mundo é; apenas divulgam valores ou meras opiniões. Esse tipo de discurso não deve ser protegido, se adotarmos uma teoria legitimadora baseada na busca pela verdade.

É relevante assinalar que, no caso das teorias de tipo instrumental baseadas na busca pela verdade, encontra-se presente uma pressuposição evolucionista, em última instância. Acredita-se que, ao longo do tempo, as boas ideias prevalecerão, enquanto que as ruins serão deixadas de lado.

Essa perspectiva é evolucionista, e não propriamente darwiniana – uma vez que Charles Darwin apenas defendeu uma teoria da transmigração das espécies, sem que houvesse propriamente uma componente axiológica ou evolutiva em sua tese. As espécies tornam-se mais aptas para sobreviver por meio da seleção natural, o que não significa necessariamente que elas fiquem melhores, nem que elas “evolam”.⁴¹

É um equívoco acreditar que a verdade irá aparecer – ou que será maior a probabilidade de ela aparecer – pelo simples fato de não ter sido suprimida. Em primeiro lugar, porque a própria teoria que fundamenta a garantia da liberdade de expressão na busca da verdade baseia-se na falibilidade humana, o que implica que os seres humanos podem insistir em escolher as opiniões falsas, não obstante tenham acesso às verdadeiras. Em segundo lugar, ainda que os seres humanos pudessem identificar as ideias verdadeiras, nada garante que elas seriam

⁴¹ cf. DARWIN, Charles (1859). *On the Origin of Species: A Facsimile of the First Edition*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1964.

escolhidas. Decisões irracionais e egoístas, por exemplo, são tomadas, mesmo quando não são as mais adequadas do ponto de vista racional. A definição do que é, afinal, racional é bastante discutível.

Opiniões ruins são tomadas como verdadeiras cotidianamente. O mero decurso do tempo ou a confrontação com a ideia verdadeira não assegura que a opinião correta irá preponderar. Uma teoria com fulcro na busca pela verdade só poderia fundamentar a proteção da liberdade de expressão satisfatoriamente, se existisse alguma prova de que há uma forma de “evolução intelectual”. Em outras palavras: da mesma forma que há, presumidamente, uma seleção natural das características que aumentam a chance de uma dada espécie sobreviver, deveria haver uma seleção natural das melhores opiniões, consideradas aquelas mais próximas da verdade. Precisariamos, portanto, admitir alguma forma de darwinismo social.

Esse tipo de visão não apenas ignora que o próprio conceito de verdade é bastante discutível, como também não oferece um elemento idôneo capaz de demonstrar que a verdade irá prevalecer.⁴² Na competição livre de ideias, opiniões ruins podem prevalecer. Não há qualquer garantia de que a verdade – ainda que se assuma que há uma univocamente – prevalecerá, seja porque as pessoas são falíveis, seja porque aceitam ideias por razões não-epistêmicas.

⁴² Em sentido semelhante, cf. FISH, Stanley. *The Trouble with Principle*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999. p. 103

Em suma, a preponderância da verdade – supondo que ela seja possível e abstraindo dos debates epistemológicos acerca do que seja a verdade ou o verdadeiro – será sempre uma contingência; jamais uma necessidade. Tampouco se pode dizer que o mero fato de uma opinião verdadeira ser acessível aumenta a probabilidade de ser aceita, visto que haverá sempre uma tendência de que mais opiniões falsas estejam em circulação.

Por trás do argumento de OLIVER WENDELL HOLMES sobre a liberdade de expressão, há uma perspectiva evolucionista e social-darwinista, que supõe que, na competição intelectual, as opiniões verdadeiras irão sempre triunfar, ainda que a longo prazo.⁴³

3) Justificativas de tipo intrínseco ou deontológico

Justificativas de tipo intrínseco ou deontológico são aquelas que defendem a garantia da liberdade de expressão por si só. Não se protege a liberdade de expressão a fim de se obter uma vantagem ou consequência positiva; a própria liberdade de expressão é algo vantajoso em si, algo intrinsecamente bom.

Pode-se conceber mais de uma justificativa de tipo intrínseco ou deontológico. Todavia, uma delas já fornece os pontos argumentativos necessários para o desenvolvimento do trabalho. Dessa forma, analisaremos apenas a teoria fundada no valor intrínseco da autodeterminação (autorealização e independência ética).

⁴³ POSNER, Richard. *Reflections on Judging*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2013. p. 169

a) O valor intrínseco da autodeterminação: autorealização e independência ética

O ser humano é um ser capaz, que deve escolher se, e como, deseja manifestar suas opiniões. Segundo a teoria que justifica a liberdade de expressão a partir da autodeterminação, os indivíduos são todos iguais. A opinião de cada um possui o mesmo peso, sem que alguém esteja autorizado a castrar manifestações alheias de opinião.⁴⁴

Nesse contexto, a liberdade de expressão constitui parte do livre desenvolvimento da personalidade. Por meio dela, o ser humano projeta-se no mundo, exteriorizando crenças, interesses, gostos e personalidade.⁴⁵ A dignidade humana, que é constitutiva da autonomia e da igualdade entre os seres humanos, fundamenta a teoria do valor intrínseco da autodeterminação. Isso porque a liberdade de expressão passa a ser enxergada como prerrogativa do indivíduo autônomo.⁴⁶

RONALD DWORKIN parece defender que apenas uma teoria intrínseca da autodeterminação pode justificar a contento a liberdade de expressão:

It is the central, defining, premise of freedom of speech that the offensiveness of ideas, or the challenge they offer to traditional ideas, cannot

⁴⁴ MILO, Dario; PENFOLD, Glenn; STEIN, Anthony. 'Freedom of Expression', in WOOLMAN, Stu; BISHOP, Michael. *Constitutional Law of South Africa*. 2nded. Cape Town: Juta, 2013. p. 42/26

⁴⁵ MILO, Dario; PENFOLD, Glenn; STEIN, Anthony. 'Freedom of Expression', in WOOLMAN, Stu; BISHOP, Michael. *Constitutional Law of South Africa*. 2nded. Cape Town: Juta, 2013. p. 42/25

⁴⁶ MILO, Dario; PENFOLD, Glenn; STEIN, Anthony. 'Freedom of Expression', in WOOLMAN, Stu; BISHOP, Michael. *Constitutional Law of South Africa*. 2nded. Cape Town: Juta, 2013. p. 42/26

be a valid reason for censorship; once that premise is abandoned it is difficult to see what free speech means.⁴⁷

Protegem-se, portanto, não apenas as afirmações verdadeiras ou dotadas de sentido – que possam contribuir para o debate democrático –, mas também outras formas de expressão, simplesmente por emanarem de um ser humano, dotado de autonomia e dignidade. Argumenta-se que um ser autônomo não deveria permitir que outros controlassem suas manifestações, tendo em vista que a opinião de ambos possui o mesmo valor.⁴⁸

Garante-se ao ser humano a liberdade de expressão, facultando-lhe exercer esse direito independentemente do conteúdo da manifestação. Daí dizer-se que a teoria pressupõe um valor intrínseco. Presume-se que todas as manifestações dos seres humanos, por serem eles seres autônomos e dotados de dignidade, possuem valor e são dignas de proteção jurídica. A ninguém se permite, portanto, impor “patrulhas ideológicas” sobre o discurso alheio.⁴⁹

Também se deve impedir, segundo a teoria ora sob exame, que o indivíduo deixe de ter acesso a ideias alheias

⁴⁷ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996. p. 206

⁴⁸ Nesse sentido, cf. a opinião da Corte Constitucional Sul-Africana, redigida pela juíza KATE O'REGAN, em *Khumalo and Others v Holomisa*, 2002 (5) SA 401; 2002 (8) BCLR 771.

⁴⁹ MILO, Dario; PENFOLD, Glenn; STEIN, Anthony. 'Freedom of Expression', in WOOLMAN, Stu; BISHOP, Michael. *Constitutional Law of South Africa*. 2nd ed. Cape Town: Juta, 2013. p. 42/27

consideradas nocivas.⁵⁰ Se o indivíduo é autônomo, cabe a ele julgar as manifestações de outros seres igualmente autônomos. A censura estatal estaria, portanto, descartada:

It is obviously inconsistent with respecting citizens as responsible moral agents to dictate what they can read on the basis of some official judgment about what will improve or destroy their characters, or what would cause them to have incorrect views about social manners.⁵¹

A teoria intrínseca da autodeterminação sujeita-se a críticas. A partir dela, passa a ser difícil discernir o discurso que merece proteção constitucional do que não merece. Sobretudo em suas formulações mais inflexíveis, todo tipo de discurso do ódio, por exemplo, teria que ser juridicamente protegido, por questão de coerência.⁵²

Um acólito da teoria, e defensor intransigente do discurso, poderia objetar que, por mais abominável que seja, todo discurso do ódio deve ser protegido; ainda que não se concorde com esse tipo de manifestação. Por outro lado, pode-se contra-argumentar que, no caso de uma teoria intrínseca sem exceções, sempre se correrá o risco de permitir o abuso do direito e o solipsismo jurídico, já que quaisquer manifestações, ainda que teratológicas, gozariam de proteção.

⁵⁰ DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1985. pp. 335ss.

⁵¹ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996. pp. 207-8

⁵² cf. BOYLE, Kevin. *Striking a Balance: Hate Speech, Freedom of Expression, and Non-Discrimination*. London: Article 19, 1992.

b) Desvantagens das teorias de tipo intrínseco ou deontológico

ERIC BARENDT aponta que justificar a liberdade de expressão a partir da autodeterminação ou autorealização apresenta um risco: o de que a liberdade de expressão seja idêntica a um direito geral de liberdade ou a uma liberdade geral à autonomia moral. Se isso ocorrer, passa a ser difícil sustentar que a liberdade de expressão é realmente um direito fundamental. Aliás, o que ela teria de especial?⁵³

Também se assevera que esse tipo de justificativa não é capaz de determinar a abrangência que se deve dar à liberdade de expressão. No caso de um argumento instrumental, a proteção cede quando os resultados ou ganhos são menores do que as perdas. Conquanto não seja propriamente simples definir quando isso ocorre, o processo é menos complexo. Por outro lado, quando se trata de proteger a liberdade de expressão por causa da autodeterminação, é difícil dizer até que ponto a expressão de ideias é essencial para a autorealização do indivíduo. Será que ela o é sempre? Se não o for, como se devem estipular os limites ou contornos dessa proteção?⁵⁴

Acresça-se ainda que teorias deontológicas baseadas na autodeterminação não parecem oferecer razão suficiente para legitimar a divulgação ou revelação de informações (*disclosure of information*), mas apenas a disseminação de ideias e opiniões.

⁵³ BARENDT, Eric. *Freedom of Speech*. 2nded. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 14

⁵⁴ BARENDT, Eric. *Freedom of Speech*. 2nded. Oxford: Oxford University Press, 2005. pp. 14-5

Embora a ampla faculdade de disseminar as próprias ideias seja um aspecto crucial do autodesenvolvimento e da dignidade humana, o mesmo não pode ser dito quanto à revelação de notícias, informações ou documentos alheios.^{55 56}

Não obstante, entende-se que os meios de comunicação estão amparados pela liberdade de expressão no que tange a notícias, informações ou documentos referentes ao Estado; e que esses veículos estão autorizados a tornar públicas várias dessas informações. Esse tipo de fenômeno é melhor explicado por uma teoria que justifique a liberdade de expressão à luz da democracia; uma teoria, portanto, que enfatize o interesse instrumental daqueles que irão receber as informações, e não propriamente o de quem irá divulgá-la.⁵⁷

c) Vantagens das teorias de tipo intrínseco ou deontológico

Buscar-se-á mostrar que raciocínios puramente consequencialistas não são capazes de fundamentar o *status* de direito fundamental ou de direito humano ostentado pela liberdade de expressão. Conquanto corroborem a liberdade de expressão, argumentos consequencialistas, por si sós, não podem explicar o caráter constitucional da liberdade de expressão. Esta

⁵⁵ BARENDT, Eric. *Freedom of Speech*. 2nded. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 15

⁵⁶ Sobre a liberdade de expressão e a dignidade humana, cf. COSTA NETO, João. *Dignidade Humana: Visão do Tribunal Constitucional Federal alemão, do STF e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014. pp. 66-76

⁵⁷ BARENDT, Eric. *Freedom of Speech*. 2nded. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 15

é a principal vantagem das teorias de tipo intrínseco ou deontológico.

As teorias de tipo intrínseco ou deontológico, *ex hypothesi*, conseguem fundamentar a contento o status constitucional da liberdade de expressão. Para provar essa hipótese, cumpre fazer uma digressão sobre as condições de legitimidade que conferem autoridade ao Estado. Provada a hipótese, poderemos concluir que a principal vantagem das teorias de tipo intrínseco ou deontológico consiste em serem as únicas capazes de fundamentar satisfatoriamente a existência de um direito fundamental à liberdade de expressão.

Em sua obra *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*, LUÍS GRECO chega à conclusão de que a teoria da pena do jurista alemão PAUL JOHANN A. R. VON FEUERBACH continha ao menos um erro crucial: a tentativa de justificar a proibição de certas condutas, como a vedação da tortura, com base em argumentos consequencialistas. Segundo GRECO, as únicas justificativas plausíveis para a proscrição de penas atroztes devem ser de tipo deontológico.⁵⁸

É plenamente possível que a tortura, em certos casos, cause resultados mais úteis à sociedade como um todo. Considere-se, a título de exemplo, o caso de um crime bárbaro que choque um país. Acusar e condenar inocentes como se fossem os verdadeiros responsáveis pelo crime pode servir perfeitamente para promover a paz social e inibir a reiteração

⁵⁸ cf. GRECO, Luís. *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie: Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*. Berlin: Duncker & Humblot, 2009.

criminosa (prevenção geral negativa). Não obstante, parece haver algo de terrivelmente ilegítimo nesse tipo de atitude.

A intuição moral por trás desse tipo de raciocínio não se deixa reduzir a argumentos consequencialistas.⁵⁹ Se há certas esferas de autonomia que devem ser resguardadas independentemente das consequências, então é porque partimos de premissas deontológicas, ainda que encobertas, em nosso raciocínio. Incumbe a um sistema jurídico expor tais premissas, dando coerência à sua aplicação.⁶⁰

Positivistas tão diversos quanto HANS KELSEN, H.L.A. HART, JOSEPH RAZ e JOSEPH GARDNER convergem quando se trata de aceitar que o direito e a moral possuem ligações conceituais. É um verdadeiro mito afirmar que os positivistas neguem esse tipo de ligação.⁶¹ Nenhum dos autores citados acima preconiza essa

⁵⁹ Esta ideia será aprofundada na Parte III, Seção 6, *infra*, onde se buscou demonstrar que os direitos fundamentais são análogos às promessas. Nesse contexto, promessas e direitos fundamentais não se deixam explicar por meio de argumentos puramente consequencialistas. Ambos fundam razões excludentes que só podem ser bem compreendidas a partir de um raciocínio deontológico.

⁶⁰ Um crítico poderia contra-argumentar que esses raciocínios também podem ser explicados por um utilitarismo de regras (*rule utilitarianism*); ou seja, não seriam necessariamente deontológicos. A objeção não é convincente, pois acreditamos que, em última instância, o utilitarismo de regras padece dos principais problemas do utilitarismo de atos (*act utilitarianism*). Dada a devida abrangência deste texto, não é possível adentrar pormenores. Um esboço da tese ora defendida, com os respectivos argumentos, pode ser encontrada em: HARMAN, Gilbert. *Explaining Value and Other Essays in Moral Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 2000. pp. 53ss.

⁶¹ GARDNER, John. *Law as a Leap of Faith*. Oxford: Oxford University Press, 2012. pp. ix, 48ss. Na p. 48, GARDNER afirma, acerca da proposta de que “não há qualquer conexão necessária entre o direito e a moralidade”, que “[e]ssa tese é absurda e nenhum jusfilósofo digno de nota jamais a admitiu nesses termos.”

opinião, ainda que, no caso exclusivo de KELSEN, seja possível argumentar que isso só tenha sido admitido tardiamente.⁶²

Em outras palavras, a principal tese do positivismo hodierno não é que o direito e a moral estejam conceitual e necessariamente dissociados um do outro, mas sim que o direito é uma criação puramente humana e social. O direito nasce de fatos sociais. Mas, então, o que dota o direito de caráter prescritivo? A resposta desta pergunta suscita questionamentos sobre as condições de legitimidade do Estado, problema ligado ao fundamento de autoridade das normas.

Para H.L.A. HART, dizer “É proibido matar” é o mesmo que afirmar “A lei do país ‘X’ proíbe os cidadãos de matar”. Assim, toda prescrição poderia ser decomposta na forma de uma descrição, mas não indefinidamente. LUÍS DUARTE D’ALMEIDA perfilha o mesmo entendimento. Isso porque, ao final da cadeia descritiva, é necessário que haja um enunciado do tipo “A Constituição do país ‘X’ deve ser seguida” (veja-se que esta última proposição é moral; e não jurídica). Só assim será possível extrair caráter prescritivo da norma “É proibido matar”, a qual retira sua força normativa de normas superiores.⁶³

⁶² KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2.Auf. Wien: Franz Deuticke, 1967. pp. 442-3

⁶³ HART, H.L.A. ‘Legal and Moral Obligation’, in MELDEN, A.I. (ed). *Essays in Moral Philosophy*. Seattle, WA: University of Washington Press, 1958. p. 83; HART, H.L.A. ‘Legal Duty and Obligation’, in HART, H.L.A. *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1982. pp. 153, 160-61; HART, H.L.A. ‘Problems of the Philosophy of Law’, in HART, H.L.A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983. pp. 91-92; Para esclarecimentos e defesa da posição de HART e crítica à de RAZ, cf. DUARTE D’ALMEIDA, Luís. ‘Legal Statements and Normative Language’ (2011) 30 *Law and Philosophy*, 167–199.

Essas normas superiores retiram validade de outras normas superiores, e assim sucessivamente, até chegarmos, por exemplo, ao enunciado “A Constituição do país ‘X’ deve ser seguida”. Em suma, só haveria um único enunciado genuinamente prescritivo; sobre ele, assentar-se-iam todas as demais normas, as quais seriam, na verdade, enunciados descritivos. Note-se que o enunciado “A Constituição do país ‘X’ deve ser seguida” – sobre o qual se assenta toda a ordem jurídica – não é ele próprio jurídico; mas sim moral.

JOSEPH RAZ, por exemplo, não concorda com a afirmação de que “É proibido matar” é um enunciado jurídico (*legal statement*) descritivo. A decomposição em normas descritivas é inadequada. Para ele, o fato de a linguagem ser prescritiva é decisivo.⁶⁴

No caso de HANS KELSEN, é difícil captar qual era a sua opinião sobre esse tema, sobretudo porque ela parece ter mudado ao longo do tempo. Entretanto, KELSEN provavelmente diria que o conteúdo é eminentemente prescritivo, tirando esse caráter prescritivo da norma hierarquicamente superior, a qual, por sua vez, tira seu caráter vinculante da norma que lhe é hierarquicamente superior, e assim sucessivamente, até a norma fundamental hipotética (*Grundnorm*).⁶⁵ Também no caso de KELSEN a norma que finalmente atribui validade a todo o sistema

⁶⁴ RAZ, Joseph. *The Authority of Law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. pp. 37-52, 53-77, 122-45, 146-59, 293-312

⁶⁵ KELSEN, Hans (1934). *Reine Rechtslehre*. 1.Auf. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. p. 93

– a *Grundnorm* – não compõe, ela própria, o direito positivo, embora lhe sirva de fundamento último.

Essa digressão relativamente longa tem o seguinte propósito: demonstrar que pensadores tão diversos quanto HANS KELSEN, H.L.A. HART, JOSEPH RAZ e JOHN GARDNER – todos rotulados como epítomes do positivismo – entendem que o caráter prescritivo da norma é, em derradeira instância, fruto de um juízo moral.

Trata-se do célebre problema jusfilosófico da autoridade. O que justifica a autoridade de um sistema jurídico? A resposta, ao final, é: um juízo moral. Leia-se, a propósito da possibilidade de se questionar *ad infinitum* a autoridade das normas, o seguinte trecho de SCOTT SHAPIRO:

Suppose I go up to a child and say “Pick up your Toys!” The child looks puzzled and responds, “Why should I listen to you?” I say, “Because I said so.” At this point, the child complains, “But why should I listen to you just because you said so?” When I say, “Because I am your father,” my child replies, “But why should children listen to their fathers?” When I say, “Because children always listen to their parents,” my child shoots back, “Yes, but the fact that children always listen to their parents does not mean that they should listen to them.”

Note that even though my child is being impudent and imprudent, strictly speaking he has a point. He is right to say that my telling him to pick up his toys, that I am his father, or that children always listen to their parents cannot by themselves, or all together, give him a reason to listen to me. These facts are merely descriptive ones and, as Hume’s Law states, no normative conclusion can follow from statements that report them. In order to justify my claim to

authority, I must produce a principle that “bridges” the descriptive-normative divide. I have to say something like “You should listen to me because children should respect their parents,” or “If you don’t listen, I’ll punish you and punishments are bad.”⁶⁶

O excerto acima epitoma bem o problema. HANS KELSEN, por exemplo, dedicou longos trechos de suas obras à tentativa de evitar o regresso *ad infinitum* descrito acima; também buscou evitar derivar um imperativo de um fato, o que viola a assim chamada “Lei de Hume”⁶⁷ e o que há de mais elementar em lógica deôntica, por exemplo.⁶⁸ Aliás, vale mencionar que essas preocupações eram mais do que válidas, pois o fato de algo ocorrer não fornece razão suficiente para justificar que deva ser assim. Muitas pessoas não pagam impostos, muitas pessoas matam; mas daí não se pode dizer que matar e sonegar sejam condutas lícitas.

⁶⁶ SHAPIRO, Scott. *Legality*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011. p. 47-8

⁶⁷ HUME, David (1738). *A Treatise of Human Nature*. Oxford: Oxford University Press, 2000. pp. 300-1; cf. SHAPIRO, Scott. *Legality*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011. p. 47-8

⁶⁸ Sobre a lógica deôntica e o teorema segundo o qual não se pode derivar uma obrigação de um fato, cf., e.g., HILPINEN, Risto. *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*. Berlin: Springer, 1981; ROYAKKERS, Lambèr. *Extending Deontic Logic for the Formalisation of Legal Rules*. Berlin: Springer, 1998; RÖNNEDAL, Daniel. *An Introduction to Deontic Logic*. North Charleston, SC: CreateSpace, 2009; ZOGLAUER, Thomas. *Einführung in die formale Logik für Philosophen*. 4.Auf. Stuttgart: UTB, 2008. pp. 135ss.; GABBAY, Dov; HORTY, John; PARENT, Xavier. *Handbook of Deontic Logic and Normative Systems*. College Publications: Milton Keynes, 2013; NAVARRO, Pablo E.; RODRIGUEZ, Jorge L. *Deontic Logic and Legal Systems*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

Esquemáticamente, representa-se essa ideia na lógica deôntica da seguinte forma:

$$\neg(x \rightarrow Px)$$

Na fórmula, “ x ” é uma ação qualquer. “ Px ” significa “É permitido ‘ x ’”. “ \rightarrow ” corresponde ao condicional material (que, imperfeitamente, pode ser transferido para a linguagem natural como “Se..., então...”). Na linguagem natural, podemos, pois, expressar “ $\neg(x \rightarrow Px)$ ” como “Se ‘ x ’ é o caso, então ‘ x ’ é permitido”.

Negar essa fórmula significa, portanto, dizer que é inválido inferir “É permitido ‘ x ’” a partir de “‘ x ’ é o caso”. Ou seja: o simples fato de uma conduta ser praticada não a torna legítima. Muitas pessoas são assassinadas, mas essa constatação – que é verdadeira – em nenhuma medida justifica o homicídio. Não se pode, portanto, tentar derivar uma obrigação a partir de um fato ou constatação.

Por que devemos obedecer a um sistema jurídico? Por que devemos obedecer às leis de um dado Estado? Sob pena de passar-se de um fato para um imperativo, do ser para o dever ser, é necessário pressupor, em algum momento, que o Estado é moralmente legítimo. Essa pressuposição moral sustenta aquilo que se pode chamar de conjunto de condições de legitimidade do Estado.

Uma quadrilha ou organização criminosa pode ter exatamente todas as características físicas ou externas de um Estado – inclusive o tamanho de um. AGOSTINHO DE HIPONA

expressou a proximidade entre um Estado e um bando de criminosos de maneira especialmente ilustrativa:

Remota itaque iustitia, quid sunt regna nisi magna latrocinia? Quia et latrocinia quid sunt nisi parua regna? Manus et ipsa hominum est, imperio principis regitur, pacto societatis astringitur, placiti lege praeda diuiditur. Hoc malum si in tantum perditorum hominum accessibus crescit, ut et loca teneat sedes constituat, ciuitates occupet populos subiuguet, euidentius regni nomen adsumit, quod ei iam in manifesto confert non dempta cupiditas, sed addita inpunitas. Eleganter enim et ueraciter Alexandro illi Magno quidam comprehensus pirata respondit. Nam cum idem rex hominem interrogaret, quid ei uideretur, ut mare haberet infestum, ille libera contumacia: Quod tibi, inquit, ut orbem terrarum; sed quia <id> ego exiguo nauigio facio, latro uocor; quia tu magna classe, imperator.⁶⁹

Colocada a Justiça de lado, o que são os reinos senão grandes quadrilhas? Afinal, o que são quadrilhas senão pequenos reinos? Até o próprio bando é feito de homens, é regido pela autoridade de um príncipe, é unido pelo pacto da sociedade [criminosa], e os botins são divididos segundo as leis pactuadas. Se, pela admissão de tantos homens perdidos, esse mal cresce, de modo que também possua lugares e constitua sedes, ocupe cidades e subjugue povos, [esse mal] assume, de forma mais evidente, o nome de reino, o qual já lhe é conferido manifestamente; não por causa da cobiça que diminuiu, mas pela impunidade que aumentou. De fato, um certo pirata que estava preso respondeu a Alexandre, o Grande elegante e verdadeiramente. Pois quando o rei dos

⁶⁹ *De Ciuitate Dei*, IV, 4.

homens interrogou do pirata o que ele entendia por tornar o mar inseguro e hostil, o pirata, com desembaraçada arrogância, [respondeu]: aquilo que tu entendes por [tornar inseguro e hostil] o orbe da terra; mas porque eu faço isso com um barco diminuto, sou chamado de ladrão; tu, porque [o fazes] com uma grande esquadra, [és chamado de] imperador.

Ontologicamente, não existe diferença entre a coação exercida por um oficial de justiça – auxiliado pela força policial – e um ladrão. Ambos empregam a força para obter resultado análogo: apossar-se de um bem alheio. Desde um ponto de vista puramente descritivo, a cena é praticamente idêntica, o que fez com que vários autores se ocupassem de casos semelhantes ao descrito por AGOSTINHO.⁷⁰ A legitimidade da conduta do oficial de justiça deflui de um juízo moral sobre a legitimidade do sistema jurídico. Em derradeira instância, é esse juízo moral que confere autoridade às ordens dadas por seus agentes.

O Estado nazista era, evidentemente, um Estado: possuía aparato organizacional de poder dotado de capilaridade e eficiência. Em muitos casos, se uma norma ideologicamente nazista fosse descumprida, a punição seria quase idêntica ao que acontecerá, nos dias de hoje, se um cidadão de um país democrático violar uma norma.

O que diferencia um Estado legítimo de uma quadrilha ou organização criminosa é que o uso do poder, no primeiro caso,

⁷⁰ KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2.Auf. Wien: Franz Deuticke, 1967. p. 364; HART, H.L.A (1961). *The Concept of Law*. 3rded. Oxford: Oxford University Press, 2012. pp. 6, 156; DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977. p. 19; RINDERLE, Peter. *Der Zweifel des Anarchisten*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2005. pp. 218-49

é considerado legítimo; no segundo, ilegítimo. A diferença depende, portanto, de um juízo moral. Quando o Estado penhora os bens de um indivíduo, essa ação não é ontologicamente distinta daquela em que um bandido coage uma pessoa a entregar seus bens, subtraindo-lhos.

As condições de legitimidade do Estado compõem o cerne do respeito que é devido àqueles que se encontram submetidos à sua autoridade. Existem certas barreiras que não devem ser ultrapassadas pelo Estado, sob pena de perder-se essa legitimidade; ou seja, sob pena de o Estado – como ocorreu no caso do nazismo – tornar-se apenas um conjunto de bandidos, uma quadrilha, uma refinada organização criminosa. Conforme visto, ao menos algumas dessas barreiras em face do Estado não podem ser flexibilizadas em virtude de motivos consequentialistas. Se é assim, passa a ser relevante descobrir que barreiras são essas.

A hipótese deste trabalho é que ao menos uma parte da liberdade de expressão emana diretamente das condições de legitimidade do Estado, de modo que a violação a esse direito fundamental, ao menos em alguns casos, corrói e erode a própria legitimidade do Estado para invocar autoridade sobre os que vivem sob seu jugo. Intuitivamente, parece haver algo de errado no Estado que impede seus cidadãos de expressar suas opiniões.

A liberdade de expressão não parece subordinar-se a boas consequências; isto é, ainda que uma opinião cause desconforto e não aumente o bem-estar da sociedade, deverá ser protegida juridicamente. Por esse motivo, tantos tratados internacionais asseguram a liberdade de expressão. O mesmo

vale para as diversas Constituições indicadas na Introdução deste trabalho, *supra*. Quer-se evitar que maiorias possam reprimir opiniões tidas como inconvenientes ou inoportunas.

Raciocínios puramente consequencialistas não justificam suficientemente a necessidade de garantir a liberdade de expressão em um texto constitucional ou em um tratado internacional. Se a liberdade de expressão só deve ser tutelada na exata medida em que promove a satisfação popular, sua proteção jurídica deve ostentar natureza jurídica de lei ordinária. Assim, o povo poderá mudar as leis conforme mude a sua (in)satisfação acerca das diferentes opiniões. Não haveria motivo para impedir a maioria da população de agir como censora do resto dos cidadãos.

Se é assim, a liberdade de expressão fundamenta-se em um juízo moral, o qual – conforme se entende amplamente – deve ser respeitado pelo próprio Estado, mesmo que a despeito do que defende a maioria da população. Se um ordenamento jurídico retira seu caráter prescritivo, em derradeira instância, de um juízo moral, então o respeito à liberdade de expressão integra as condições de legitimidade dos Estados em geral.

A garantia da liberdade de expressão marca uma das diferenças entre um Estado e um mero bando de criminosos. O Estado que não assegura a liberdade de expressão transforma-se em mera quadrilha, em um bando institucionalizado de coatores.

O problema, porém, é complexo: se, de um lado, é certo que a liberdade de expressão constitui condição indispensável de legitimidade do Estado; de outro, é difícil – ou quiçá impossível – definir os contornos exatos desse direito fundamental. Nesse

contexto, o sopesamento ou ponderação desempenha um papel de racionalização argumentativa, conforme se verá nos itens 3, 4, 5, 6, 7, 9 e 10 da Parte III, *infra*.

De resto, cumpre concluir que a justificação puramente consequencialista da liberdade de expressão não possui aptidão para embasar a proteção constitucional da liberdade de expressão. Por outro lado, isso não significa que argumentos consequencialistas devam ser desconsiderados *tout court*. Em razão do exposto, pode-se inferir que tanto argumentos deontológicos quanto consequencialistas sustentam o direito fundamental à liberdade de expressão.

4) As dimensões do direito fundamental à liberdade de expressão e os seus fundamentos legitimadores

Os fundamentos justificadores do direito fundamental à liberdade de expressão são mutualmente corroborantes e complementares. A força da proteção dada à liberdade de expressão deve variar conforme haja mais, ou menos, motivos para garantir esse direito fundamental. Essa parece ser a conclusão a ser extraída do fato de os argumentos consequencialistas não fundamentarem, por si sós, a liberdade de expressão.

Por outro lado, argumentos consequencialistas podem mostrar-se relevantes; não devem, portanto, serem simplesmente colocados de lado. Essa relação pode ser expressada na forma de uma *Lei dos Fundamentos Legitimadores da Liberdade de Expressão*:

Quanto mais numerosos forem os fundamentos legitimadores de um tipo de discurso, tanto maior deverá ser a sua proteção jurídica.

Convergingdo argumentos deontológicos e consequencialistas para a liberdade de expressão, o nível de proteção será mais elevado. Ao invés, se uma espécie de discurso só se ampara sobre argumentos deontológicos, a proteção não será tão forte assim. Um dos propósitos deste trabalho é estratificar as espécies de discurso, fixando seus pesos abstratos.

Nos itens 3 e 4 da Parte IV, *infra*, restará claro que a proteção ao discurso não deve variar de maneira completamente *ad hoc*. Do contrário, o casuísmo conduzir-nos-ia a um sistema confuso, pouco previsível e significativamente suscetível à parcialidade judicial. Uma alternativa consiste em classificar as espécies de discurso, de modo a elaborar, para a liberdade de expressão, um modelo semelhante à *Stufentheorie*.⁷¹

A seguir, diferentes formas de discurso foram classificadas de acordo com seus pesos abstratos:

- I. Discurso político: peso abstrato *sério* (isto é, 4)
- II. Discurso não-político: peso abstrato *médio* (isto é, 2)
- III. Discurso meramente empresarial: peso abstrato *leve* (isto é, 1)

A classificação indicada acima será retomada na Parte IV, Seção 2, *infra*. Por ora, cumpre explicar os parâmetros que

⁷¹ Sobre a *Stufentheorie*, cf. Parte IV, 1, “c”, *infra*.

levaram certos tipos de discurso a receber um peso abstrato maior do que os demais, e vice-versa.

O nível mais intenso de proteção corresponde ao tipo de discurso que mais fundamentos legitimadores possui: é o caso do discurso político, que tanto promove a autodeterminação e o livre desenvolvimento dos indivíduos como contribui para o debate democrático. Temos motivos de tipo intrínseco e também de tipo instrumental para proteger juridicamente o discurso político.⁷²

Todas as seguintes teorias corroboram a proteção do discurso político: argumentos baseados na busca pela verdade; abordagem democrático-funcional; fomento da tolerância e do pluralismo. Nestes três casos, há razões para proteger o discurso político. Do ponto de vista consequencialista, os efeitos intimidador ou resfriador também justificam a redução da margem de conformação do legislador.⁷³ ⁷⁴ Também a autodeterminação fundamenta a proteção do discurso político, pois a expressão política é uma forma de manifestação autônoma do indivíduo. De fato, a maior convergência entre os fundamentos legitimadores da liberdade de expressão ocorre no caso do discurso político; portanto, em uma escala triádica com os valores *sério*, *médio* e *leve*, atribuiu-se-lhe peso abstrato *sério*. Essa é a

⁷² cf. Parte I, Seção 2, itens “a”, “b” e “c”, e Seção 3, item “a”, *supra*.

⁷³ KARPENSTEIN, Ulrich; MAYER, Franz C. *EMRK Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten: Kommentar*. München: C.H. Beck, 2012. pp. 286-7

⁷⁴ Sobre os efeitos intimidador (*einschüchternde Wirkung*) e resfriador (*chilling effect*), cf. Parte II, Seção 2, item “b”, *infra*.

conclusão que se obtém a partir da *Lei dos Fundamentos Legitimadores da Liberdade de Expressão*.

Como exemplos do discurso político, podemos citar: críticas a um agente público nessa condição; propagandas e ações de marketing voltadas à disseminação de ideologias ou propostas políticas e à divulgação de candidatos; notícias sobre corrupção ou sobre a atuação do Estado ou de seus agentes em geral; informações sobre políticos, ainda que envolvam a vida privada; queima, com finalidade política, de bandeira ou outros artefatos de cunho político ou ideológico; etc.

O discurso não-político, por sua vez, transmite a opinião de um indivíduo. O discurso não-político serve como categoria residual. A rigor, o discurso meramente empresarial também é não-político. Porém, o que se decidiu denominar de discurso não-político consiste justamente em todo discurso que não seja político e que não seja meramente empresarial. O discurso não-político não colabora para o debate democrático; não se trata, portanto, de uma opinião que vise a mudar a sociedade ou a fomentar um debate político.

O discurso não-político não pode amparar-se na teoria democrático-funcional. Ele conta, todavia, com a força de teorias de tipo deontológico, porquanto se trata da manifestação da personalidade de um indivíduo. Diante dessas considerações, podemos atribuir ao discurso não-político peso abstrato *médio*. Como exemplos do discurso não-político, podemos citar: manifestações artísticas de toda ordem; informações sobre

condenados a crimes, como no caso Lebach⁷⁵; notícias sobre figuras públicas, como artistas e personalidades, ainda que envolvam a vida privada; etc.

Tratando-se, por fim, de discurso meramente empresarial, não existe propriamente um indivíduo cujo livre desenvolvimento da personalidade seja tolhido. O discurso meramente empresarial anuncia um produto; volta-se, conseqüentemente, para o lucro, para a propaganda de um artigo de venda. Em regra, cuida-se de uma pessoa jurídica; e não de uma pessoa natural. E ainda que eventualmente manifestado por um indivíduo, o discurso meramente empresarial não se liga diretamente à sua individualidade, à sua autonomia, à sua personalidade. As razões que justificam a proteção do discurso meramente empresarial são mais fracas do que ocorre no caso do discurso político ou do discurso não-político.

O principal argumento a favor da proteção do discurso meramente empresarial parece ser a desconfiança quanto ao Estado discernir a que tipo de informação o cidadão pode ter acesso. Assim, assumindo-se que cabe ao indivíduo julgar as informações que recebe, ele teria o direito de, com base em suas próprias convicções, analisar o anúncio empresarial. A proteção do discurso inibiria o paternalismo estatal, fomentando nos cidadãos um senso crítico próprio. Destarte, se uma empresa (*rectior*: sociedade empresária) desejar divulgar seus produtos, cabe ao indivíduo ter acesso a essa informação.

⁷⁵ BVerfGE 35, 202 (Lebach)

Com base na *Lei dos Fundamentos Legitimadores da Liberdade de Expressão*, sendo menor o número de fundamentos legitimadores, menor será a proteção do discurso. O discurso meramente empresarial é o menos amparado pelos fundamentos legitimadores da liberdade de expressão. Podemos atribuir-lhe, por conseguinte, peso abstrato *leve*. Como exemplos do discurso meramente empresarial, podemos citar: propagandas e ações de marketing voltadas à divulgação de um produto, como a promoção de alimentos para crianças com alto teor de açúcar, sódio e gorduras e de bebidas de baixo valor nutricional; etc.

O discurso jurídico – e quiçá a linguagem em geral – é interpretativo de fora a fora. Não existe ponto arquimediano que nos forneça respostas inconcussas. Logo, é evidente que poderá haver divergências quanto à definição do que seja discurso político, discurso não-político ou discurso meramente empresarial. É possível objetar, portanto, que a proposta consistente em classificar os tipos de discurso apenas oculta ou procrastina o problema que se busca resolver.

Segundo esse argumento, o dissenso apenas seria transferido para um outro momento. Ou seja: duas pessoas terão visões diferente do que configura um discurso político. Divulgar a infidelidade marital de um Senador da República configura discurso político? Que grau de proteção jurídica se deve atribuir a uma revelação desse tipo?

Pode-se alegar que aqueles que acham que a infidelidade marital do político merece pouca proteção dirão que não se trata de discurso político. Os que acham que merece proteção alta dirão que se trata, sim, de discurso político. Nesse

contexto, classificar as espécies de discurso apenas protrairia o debate; sem apresentar qualquer ganho argumentativo, portanto.

Em certa medida, a crítica procede, porém de maneira não mais do que trivial. De fato, o Direito é uma atividade interpretativa de fora a fora, isto é, por completo. Não existe um ponto arquimediano ou inconcusso a partir do qual se possam derivar respostas absolutas. Qualquer crença parte de certos pressupostos e, ainda que se possam questionar os próprios pressupostos, jamais é possível criticar todos esses pressupostos ao mesmo tempo.⁷⁶ Não é possível desenvolver uma argumentação *ex nihilo*.

Dessa forma, poderá existir desavença quanto ao que pode, ou não, ser considerado discurso político. Sem embargo, a vantagem da proposta que ora se faz consiste em estruturar melhor os pontos sobre os quais recairão a ênfase argumentativa. Trata-se de tornar o processo decisório mais transparente.

Além disso, toda prática argumentativa dependerá de alguma medida de consenso ou concordância. No modelo ora proposto, contudo, desloca-se a área em que se exige consenso. Originalmente, seria necessário concordar com o grau de proteção

⁷⁶ Autores tão antagônicos quanto RONALD DWORKIN e STANLEY FISH, por exemplo, concordam com a afirmação de que o discurso jurídico é inteiramente interpretativo. Sobre a impossibilidade de se questionarem por completo todas as próprias crenças ao mesmo tempo, cf. WITTGENSTEIN, Ludwig (1969). *Über Gewißheit*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2012. Sobre o caráter completamente interpretativo do direito, cf. FISH, Stanley. *Is There a Text in This Class? The Authority of Interpretive Communities*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1980; DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1985; DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986; FISH, Stanley. *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*. Durham, NC: Duke University Press, 1989.

de que um tipo de discurso é merecedor. Adotando-se, contudo, a proposta deste trabalho, o foco de concordância passa a ser mais elementar. Em outras palavras, é presumidamente mais simples concordar sobre a classificação do tipo de discurso do que sobre o seu grau de proteção jurídica.

Um modelo mais rígido de classificação do discurso, desde que associado a níveis de intensidade do controle⁷⁷, trará como benefício uma maior previsibilidade e transparência na atuação judicial. Passa-se a definir de maneira mais racional, e não casuística, o nível de intensidade do controle a ser exercido pelo juiz constitucional sobre a lei, expressão da vontade soberana do povo, levada a efeito pelo seu representante, o legislador.

⁷⁷ cf. Parte IV, *infra*.

Parte II – Da liberdade de expressão nos ordenamentos jurídicos alemão e norte-americano

Esta Parte II visa a familiarizar o leitor com o debate sobre a liberdade de expressão nos ordenamentos jurídicos alemão e norte-americano. Nas Partes III e IV, *infra*, precisaremos recorrer a conceitos dos mencionados ordenamentos. A chamada *preferred position* talvez seja o principal desses conceitos.

O propósito desta Parte II é, portanto, fornecer subsídios dos quais se lançará mão posteriormente. Ademais, níveis de intensidade de controle judicial já são empregados nos Estados Unidos e na Alemanha, ainda que cada um a seu modo, e mesmo que de maneira diferente da defendida na Parte IV, *infra*. Também dessa forma esta Parte II servirá para contextualizar, preliminarmente, os níveis de intensidade que já são aplicados à liberdade de expressão.

Ao leitor que conheça bem as discussões jurídicas sobre a liberdade de expressão na Alemanha e nos EUA, sugere-se passar diretamente à Parte III.

1) A liberdade de expressão no ordenamento jurídico norte-americano

a) Considerações históricas sobre a primeira emenda

Segundo DAVID STRAUSS, há uma tendência de atribuir aos idealizadores ou elaboradores (*framers*) da Constituição americana uma grande previdência, bem como uma visão extremamente esclarecida sobre a liberdade de expressão.

Entretanto, as visões daqueles que redigiram e ratificaram a primeira emenda são, de diversas maneiras, obscuras.⁷⁸

Com base no que se pode dizer com razoável segurança, parece certo que os redatores daquela época não imaginavam e não desejavam criar qualquer sistema de proteção levemente semelhante com aquele que há, hoje, nos Estados Unidos da América. Há evidências consideráveis de que formas de supressão do discurso que são completamente inadmissíveis hoje eram naturalmente aceitas naquela época.⁷⁹

Nesse sentido, as garantias extraídas atualmente da primeira emenda nasceram de decisões judiciais tomadas ao longo do século XX. Cuida-se de mais um exemplo de alteração informal da Constituição americana, o que faz DAVID STRAUSS concluir que se trata, efetivamente, de uma Constituição viva (*living Constitution*).⁸⁰

Leia-se, a propósito da ideia originária por trás da *First Amendment*, o seguinte trecho:

There is good argument that the First Amendment was not understood to outlaw prosecutions for seditious libel. There were some prosecutions for seditious libel in states that had adopted provisions like the First Amendment in their own state constitutions – suggesting that

⁷⁸ STRAUSS, David A. *The Living Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 52

⁷⁹ STRAUSS, David A. *The Living Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2010. pp. 52-53; LIU, Goodwin; KARLAN, Pamela S.; SCHROEDER, Christopher H. *Keeping Faith with the Constitution*. New York: Oxford University Press, 2010. pp. 77-80; LEVY, Leonard W. *Emergence of a Free Press*. New York: Oxford University Press, 1985. p. 5

⁸⁰ STRAUSS, David A. *The Living Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 53

the original understanding of the language of the First Amendment permitted such prosecutions. And in 1798, Congress – with the affirmative votes of many of the framers of the First Amendment – enacted the Sedition Act, a federal law that expressly punished dissent.⁸¹

De fato, os debates acerca do alcance da proteção do discurso no direito norte-americano são constantes. James Madison, por exemplo, um dos *framers*, condenou publicamente o *Sedition Act* como uma violação da *First Amendment*, enquanto que John Adams e Alexander Hamilton o defenderam.⁸²

Ao passo que as segunda, quarta e nona emendas se referem a direitos do povo (*the people*), as quinta, sexta e sétima emenda referem-se a direitos de indivíduos. Já as terceira e oitava emendas proíbem certas ações, mas sem limitar a proibição a um certo Poder (*branch*) do Estado. Assim, a primeira emenda é a única a especificar que sua vedação é contra o Congresso (*Congress*).⁸³

Nesse contexto, afirma-se que “[t]he American system of freedom of expression, as we know it, did not begin to emerge as a coherent body of legal principles until well into the twentieth century.”⁸⁴ Segundo STRAUSS, esse sistema foi fruto de tentativas e

⁸¹ STRAUSS, David A. *The Living Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 61

⁸² STRAUSS, David A. *The Living Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 61

⁸³ STRAUSS, David A. *The Living Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 56

⁸⁴ STRAUSS, David A. *The Living Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 62

erros, com muitos falsos começos e correções subsequentes.⁸⁵ STRAUSS assinala ainda que, depois de assentados certos princípios criados por decisões da *Supreme Court*, tais princípios passaram a ser anacronicamente atribuídos ao texto da Constituição e aos intentos originais, sem que se desse atenção séria aos relatos históricos e genéticos de criação e aprovação do texto da primeira emenda. O discurso abolicionista, por exemplo, teria sido perseguido ferozmente (*viciously*) em muitos estados escravocratas antes da Guerra de Secessão norte-americana.⁸⁶

No contexto de proibição do discurso, o *clear-and-present-danger test* esteve presente, durante anos, na jurisprudência da Suprema Corte americana. Tal critério foi mencionado, pela primeira vez, no caso *Schenk v. United States*, de relatoria do Justice HOLMES, e consiste em estabelecer, “(...) *whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent.*”⁸⁷

No caso, manteve-se a condenação do cidadão Charles Schenk por divulgar panfletos contra a conscrição forçada durante a Primeira Guerra Mundial, a despeito da aplicação do *clear-and-present-danger test*. O resultado do caso parece pouco razoável aos olhos de hoje. Contudo, o *clear-and-present-danger*

⁸⁵ STRAUSS, David A. *The Living Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 62

⁸⁶ STRAUSS, David A. *The Living Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 57

⁸⁷ *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919)

test, fixado no precedente do caso *Schenk*, seria usado em favor da liberdade de expressão em vários outros julgados, direta ou indiretamente.⁸⁸ De acordo com o *clear-and-present-danger test*, não basta que o discurso possa causar prejuízo (*harm*) ou mesmo que seja provável que prejuízo será causado. É necessário que o prejuízo seja iminente e bastante sério e considerável.⁸⁹ Após o criticado caso *Dennis v. United States*⁹⁰, o *clear-and-present-danger test*, enquanto tal, foi quase que completamente abandonado⁹¹, embora se possa observar sua influência até hoje na jurisprudência da *Supreme Court*.⁹²

As constantes mudanças na jurisprudência da Suprema Corte levaram o direito norte-americano à evolução pela qual a proteção do discurso passou, mormente durante o século XX.

b) O *freedom of speech* na jurisprudência da Suprema Corte americana

Em *Abrams v. United States*, caso julgado no início de século XX, a Suprema Corte americana julgou constitucional o

⁸⁸ cf., e.g., *Thornhill v. Alabama*, 310 U.S. 88 (1940); *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940); *Bridges v. California*, 314 U.S. 252 (1941); *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942); *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943).

⁸⁹ STRAUSS, David A. *The Living Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 64

⁹⁰ *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951)

⁹¹ STOCK, Jürgen. *Meinungs- und Pressefreiheit in den USA*. Baden-Baden: Nomos, 1986. p. 67

⁹² cf., e.g., o ênfase na iminência e probabilidade do prejuízo como causa de restrição à liberdade de expressão em *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

Sedition Act of 1918, que criminalizou o uso da linguagem “desleal, profana, indecente ou abusiva” (*disloyal, profane, scurrilous, or abusive language*) referente ao governo dos Estados Unidos, à sua bandeira ou às suas forças armadas. A opinião foi redigida pelo *Justice* CLARKE, e os *Justices* HOLMES e BRANDEIS dissentiram da Corte.⁹³

A primeira emenda à Constituição norte-americana (*First Amendment*), que integra o *Bill of Rights*, diz muito claramente que o Congresso americano “(...) *shall make no law (...) abridging the freedom of speech*”. A redação literal do dispositivo parece ser clara, é dizer, o Congresso não pode promulgar qualquer lei que limite a liberdade de expressão (*freedom of speech*). Haveria, então, limites à liberdade de expressão? AKHIL REED AMAR afirma que sim, ou pelo menos, historicamente, sim. Segundo ele, a visão “Jefferson-Madison” da liberdade de expressão, fincada na proteção quase que irrestrita do discurso, não foi aquela que motivou a aprovação, pelo Congresso e pelos estados, da primeira emenda.⁹⁴

Na ocasião, o maior medo era a demasiada atribuição de poder ao Congresso. Apenas se quis preservar aos estados a competência para legislar sobre a liberdade de expressão. De fato, quando da aprovação da *First Amendment*, diversas leis

⁹³ *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919)

⁹⁴ AMAR, Akhil Reed. *The Bill of Rights*. New Haven: Yale University Press, 1998. p. 21

criminalizavam a blasfêmia, por exemplo. Segundo AMAR, ninguém entendia que isso era vedado pela primeira emenda.⁹⁵

Mesmo depois da aprovação da décima quarta emenda – que fez com que praticamente todas as garantias do *Bill of Rights* passassem a vincular não apenas o Congresso e o governo federal, mas também os estados –, os *Alien and Sedition Acts* continuaram em pleno vigor.⁹⁶

Para o protesto dos originalistas, muito tempo se passou até que a liberdade de expressão ganhasse o destaque de que desfruta hodiernamente, no ordenamento jurídico norte-americano. Ao menos em parte, isso é devido aos *Justices* HUGO BLACK e WILLIAM O. DOUGLAS, cujas opiniões dissidentes defenderam com insistência a ideia de que o *freedom of speech* goza de uma posição de preferência (*preferred position*) na Constituição americana. Embora essa perspectiva não prevaleça mais⁹⁷, é certo que a proteção à liberdade de expressão nos EUA,

⁹⁵ AMAR, Akhil Reed. *The Bill of Rights*. New Haven: Yale University Press, 1998. p. 23

⁹⁶ AMAR, Akhil Reed. *The Bill of Rights*. New Haven: Yale University Press, 1998. p. 24

⁹⁷ A tese de que *freedom of press, freedom of speech e freedom of religion* têm uma *preferred position* chegou a constar nas opiniões da Corte em *Murdock v. Pennsylvania*, 319 U.S. 105 (1943) e em *Jones v. Opelika*, 319 U.S. 103 (1943). Este último caso foi fruto de uma reviravolta inesperada, que levou a um novo julgamento. Curiosamente, entre o primeiro e o segundo julgamentos, a Suprema Corte mudara sua posição. Logo, a fundamentação da decisão *Jones v. Opelika* de 1943 reporta-se aos votos dissidentes de *Jones v. City of Opelika*, 316 U.S. 584 (1942), já que esses votos dissidentes, a partir do caso *Murdock*, passaram a representar a opinião majoritária da Corte. Embora o precedente em *Murdock* nunca tenha sido formalmente superado (*overruled*), a *Supreme Court* abandonou, ao menos tacitamente, a posição de que certos direitos gozariam de *preferred position*. Nesse sentido, cf. BÖHNSTEDT, Stefanie. *Die Konstitutionalisierung des Bildnisschutzes in Deutschland und in den USA*. Baden-Baden: Nomos, 2010. pp. 208ss.

baseada no *free market of ideas*, conhece bem menos limites do que na Alemanha, por exemplo. Daí dizer-se que a proteção à personalidade também é menor nos EUA.⁹⁸ ⁹⁹ Também parece plausível afirmar que menor proteção é fruto de um longo processo, levado a efeito, sobretudo, pelas decisões da Suprema Corte americana.

A fim de explicar melhor o conteúdo do *freedom of speech*, podem-se mencionar brevemente alguns casos paradigmáticos da Suprema Corte americana. Dentre várias decisões, cite-se, de início, o caso *New York Times Co. v. Sullivan*. Na respectiva decisão, ficou assentado que reportagens feitas por veículos de comunicação de massa que criticassem figuras públicas e detentores de cargos públicos (*public officials*) estariam cobertas pelo *freedom of speech*. Sob essa ótica firmada pela Corte, qualquer responsabilização por crimes contra a honra só poderia ser admitida se se provasse a efetiva malícia (*actual malice*) do difusor. Ou seja: seria necessário provar que aquele que veiculou a matéria tinha conhecimento da sua falsidade.¹⁰⁰ O resultado de *New York Times Co. v. Sullivan* foi celebrado pela imprensa americana e, até hoje, os fundamentos da decisão e a força vinculante desse precedente mantêm-se intactos.

O *freedom of speech* também se revelou importante no que diz respeito à censura de obras de arte. Nos EUA, *Ulysses*,

⁹⁸ MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. *Grundrechte*. 3.Auf. Baden-Baden: Nomos, 2012. p. 308

⁹⁹ cf. a polêmica decisão, tomada por unanimidade, em *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988).

¹⁰⁰ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964)

de James Joyce¹⁰¹, *The Tropic of Cancer*, de Henry Miller, e *Lady Chatterley's Lover*, de D.H. Lawrence¹⁰², – todos reconhecidos atualmente como obras clássicas – sofreram censura em algum momento. Imagine-se, então, o que não pensariam os censores sobre os ousados escritos do Marquês de Sade ou sobre a pintura a óleo *L'Origine du monde*, de Gustave Courbet.

Em *Burstyn v. Wilson*, declarou-se inconstitucional uma lei (*statute*) do estado de Nova Iorque que permitia a um comitê banir filmes sob a alegação de que eles seriam sacrílegos (*sacrilegious*).¹⁰³ Já em *Kingsley Int'l Pictures Corp. v. Regents of Univ. of N. Y.*, a Suprema Corte decidiu em favor de uma distribuidora de filmes que teve negada a autorização para exibir uma versão cinematográfica, produzida na França, do romance *Lady Chatterley's Lover*. Segundo o comitê responsável pelo indeferimento do pedido, ligado ao departamento de educação do estado de Nova Iorque e citado *ipsis litteris* pelo Justice POTTER STEWART, o longa-metragem mostraria “(...) o adultério como algo correto e desejável para certas pessoas e em certas circunstâncias, o que seria inadmissível.”¹⁰⁴ Desde essa época, construiu-se uma forte noção de liberdade de expressão, o que implicou proteger boa parte da arte controversa, sob a tutela da *First Amendment*.

¹⁰¹ DE GRAZIA, Edward. *Girls Lean Back Everywhere: The Law of Obscenity and the Assault on Genius*. New York: Vintage, 1993.

¹⁰² SCHULTZ, David; VILE, John R.; DEARDORFF, Michelle D. *Constitutional Law in Contemporary America: Civil Rights and Liberties*. Oxford: Oxford University Press, vol. II, 2010. p. 251

¹⁰³ *Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson*, 343 U.S. 495 (1952)

¹⁰⁴ *Kingsley Int'l Pictures Corp. v. Regents*, 360 U.S. 684 (1959)

Em outra perspectiva, em *Brandenburg v. Ohio*, por exemplo, decidiu-se que o discurso discriminatório contra negros, conquanto moralmente reprovável, era protegido pela liberdade de expressão. Não se poderia vedá-lo por si só, ou seja, quando ele não incitasse direta e iminentemente uma ação ilegal.¹⁰⁵ ¹⁰⁶ A Corte também apreciou casos em que se queimou a bandeira dos EUA, concluindo que o *freedom of speech* alcança essa conduta. Isso implicou a declaração de inconstitucionalidade de leis promulgadas por 48 dos 50 estados americanos.¹⁰⁷

Esclareça-se, ademais, que, em *Branzburg v. Hayes*, a *Supreme Court* já assentou que jornalistas não possuem a prerrogativa de proteger o anonimato de suas fontes.¹⁰⁸ MICHAEL C. DORF e TREVOR W. MORRISON explicam que, conquanto praticamente todos os estados tenham leis que protegem tal anonimato, a Suprema Corte chegou à conclusão de que isso não é exigido pela Constituição americana. Sob uma perspectiva puramente constitucional, jornalistas ou repórteres não merecem qualquer proteção diferenciada em comparação com outros

¹⁰⁵ *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969)

¹⁰⁶ Imagine-se um pelotão armado prestes a executar uma pessoa. Ao capitão que dá a ordem “fogo”, não é lícito arguir que se trata de mero discurso, pois, neste caso, o conteúdo performático da linguagem, para usar o termo do filósofo inglês J.L. AUSTIN, é o que predomina. Dito de outra maneira: no caso do capitão, *dizer é fazer* e, portanto, não se trata de mera defesa de um ponto de vista ou de uma opinião. Asseverar “fogo” equivale a apertar o gatilho, à medida que aquele que domina e controla o fato é, amiúde, autor mediato do feito criminoso. Nesse sentido, sobre os atos ilocucionários e a teoria dos atos de fala, cf. AUSTIN, J. L. *How to do Things with Words*. 2nded. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1975.

¹⁰⁷ *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989)

¹⁰⁸ *Branzburg v. Hayes*, 408 U.S. 665 (1972)

cidadãos que detenham informações relevantes para o deslinde de uma questão jurídica ou governamental.¹⁰⁹

Por outro lado, naquela mesma época, em uma decisão por 6 a 3 votos, a Corte reafirmou sua posição de que pornografia é discurso não-protegido (*unprotected speech*) ou, na melhor das hipóteses, menos protegido (*less protected speech*)¹¹⁰. Com isso, confirmou-se a decisão que condenou criminalmente um vendedor de fotos, de livros e outros materiais impressos com conteúdo pornográfico. Na ocasião, os *Justices* BLACK e DOUGLAS restaram vencidos.¹¹¹ O mesmo posicionamento prevaleceu em *Miller v. California*, quando se negou recurso a um homem condenado à prisão por fazer propaganda de produtos pornográficos pelos correios.¹¹²

Curiosamente, a Corte continua a afirmar que a pornografia é discurso não-protegido. Todavia, isso é feito, hodiernamente, de maneira diversa. Na atualidade, ainda que se compreenda a pornografia como um discurso não-protegido, entende-se que qualquer limitação a esse tipo de discurso deve promover algum interesse social cogente (*compelling social interest*). Há duas importantes e recentes decisões da Suprema Corte sobre a matéria, sobre as quais DAVID SCHULTZ *et alii* esclarecem:

¹⁰⁹ DORF, Michael C.; MORRISON, Trevor W. *Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 157

¹¹⁰ CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law: Principles and Policies*. 4thed. Aspen Publishers, 2011. pp. 1017ss.

¹¹¹ *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957)

¹¹² *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973)

The Communications Decency Act (CDA) of 1996, intended to regulate the distribution of pornographic materials, was declared unconstitutional in *Reno v. ACLU* (521 U.S. 844, 1997). Congress responded with the Child Online Protection Act. In *Ashcroft v. American Civil Liberties Union* (542 I.S. 656, 2004), the Court again ruled, as it had in *Reno*, that efforts to regulate nonobscene but sexually explicit material on Web violated the First Amendment. (...) the Court also seems to suggest that there are less restrictive ways to regulate the Internet to make it more difficult for children to access some materials.¹¹³

Note-se que diferentes leis editadas a fim de combater a pedofilia e o uso de material erótico e sexual por crianças e adolescentes foram declaradas inconstitucionais em duas oportunidades.

Sob a égide dos precedentes atualmente vigentes, é possível proibir certas expressões, mas não vedar ou censurar uma opinião específica. As leis que limitam a liberdade de expressão (*freedom of speech*) devem ser neutras e gerais. Esse posicionamento ficou bastante claro em *R.A.V. v. City of St. Paul* e em *Virginia v. Black*, casos em que a *Supreme Court* diferenciou “*content-based and content-neutral laws*”.^{114 115}

¹¹³ SCHULTZ, David; VILE, John R.; DEARDORFF, Michelle D. *Constitutional Law in Contemporary America: Civil Rights and Liberties*. Oxford: Oxford University Press, vol. II, 2010. p. 254

¹¹⁴ *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992); *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343 (2003)

¹¹⁵ CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law*. 3rded. Austin: Aspen Publishers, 2009. p. 1214; REIS NOVAIS, Jorge. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. pp. 237ss.

Desde 1992, a *Supreme Court* entende que até mesmo leis que limitam o discurso não-protégido pela *First Amendment* (*unprotected speech*) devem ser submetidas a um escrutínio estrito (*strict scrutiny*). Não basta, portanto, submetê-las apenas à revisão de base racional (*rational basis review*), que é o menor grau de escrutínio em vigor no sistema americano de revisão judicial de leis e de atos da administração.¹¹⁶ O *strict scrutiny* implica exigir do Estado um interesse cogente (*compelling interest*) a ser promovido dentro dos limites do *narrow tailoring*, a saber, a medida legal deve ser perfeitamente adequada à promoção do interesse que se deseja fomentar, sem que seja possível fazê-lo por meio de medida menos gravosa à liberdade em jogo.^{117 118}

Em *Virginia v. Black*, restou bastante claro na *opinion of the Court* (III, B), redigida pela JUSTICE O'CONNOR, que a queima de uma cruz pode, ou não, ser crime; e que é inconstitucional proibir tal prática apenas para proteger agressões com fins raciais.¹¹⁹ Ou se proíbe a queima de cruces sempre que isso for realizado com desiderato intimidatório ou, simplesmente, não se proíbe a queima de cruces. Limitações à liberdade de expressão devem estar dissociadas do tipo de conteúdo veiculado pela

¹¹⁶ Sobre o *strict scrutiny* e a *rational basis review*, cf. o item “a” da Seção 1 da Parte IV, *infra*.

¹¹⁷ CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law*. 3rded. Austin: Aspen Publishers, 2009. pp. 718ss.; *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992)

¹¹⁸ BÖHNSTEDT, Stefanie. *Die Konstitutionalisierung des Bildnisschutzes in Deutschland und in den USA*. Baden-Baden: Nomos, 2010. p. 208

¹¹⁹ CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law*. 3rded. Austin: Aspen Publishers, 2009. pp. 1321ss.; O'BRIEN, David M. *Constitutional Law and Politics: Civil Rights and Civil Liberties*. 8thed. New York: W.W. Norton & Company, 2011. pp. 553ss.

manifestação. Logo, se o Estado resolve proibir uma prática, ele não pode singularizar (*single out*) um tipo de conteúdo para condená-lo ao opróbio.¹²⁰

Nos últimos anos, a *Supreme Court* proferiu importantes decisões sobre a liberdade de expressão. Em uma delas, *United States v. Stevens*, declarou-se inconstitucional uma lei que proibia a divulgação de imagens que contivessem maus-tratos a animais.¹²¹ Também se decidiu, em *Brown v. Entertainment Merchants Association*, que os *video games*, bem como outros tipos de mídia, estão protegidos pela liberdade de expressão. Com fulcro nessa visão, declarou-se inconstitucional uma lei da Califórnia que proibia a comercialização de *video games* que retratavam situações violentas.¹²²

Por sua vez, em *Citizens United v. Federal Election Commission*, estabeleceu-se que o governo está proibido de limitar os gastos de empresas (*rectior*: sociedades empresárias) que queiram veicular propagandas contra candidatos ou figuras públicas, durante ou após as eleições.¹²³ O julgado foi objeto de muita controvérsia.¹²⁴ Já em *United States v. Alvarez*, declarou-se inconstitucional o *Stolen Valor Act*, que criminalizava nacionalmente o fato de uma pessoa alegar falsamente ter

¹²⁰ *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343 (2003)

¹²¹ *United States v. Stevens*, 559 U.S. 460, 130 S.Ct. 1577 (2010)

¹²² *Brown v. Entertainment Merchants Assn.*, 564 U.S. 08-1448

¹²³ *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010)

¹²⁴ Por questões metodológicas, as limitações ao discurso eleitoral serão mais detidamente analisadas na Parte IV. Desse modo, para maiores esclarecimentos sobre o caso *Citizens United* e suas implicações sobre a liberdade de expressão e o discurso eleitoral, sugere-se ler a Parte IV, Seção 6, *infra*.

recebido honras e condecorações militares.¹²⁵ Em uma decisão tomada por 6-3, o *Justice* KENNEDY escreveu, na *opinion of the Court*, que não havia prova de que a conduta causava algum prejuízo às forças armadas; bem como que existiam outros meios menos restritivos de alcançar resultados análogos aos pretendidos pela lei.¹²⁶

c) O discurso menos protegido na jurisprudência da Suprema Corte americana

Na categoria de discurso de baixo valor (*low-value speech*) ou de nenhum valor (*no-value-speech*), é possível encontrar: obscenidade, discurso empresarial ou comercial (*commercial speech*), asseverações difamatórias (*defamatory statements*), “*fighting words*”, perjúrio (*perjury*), extorsão (*blackmail*), ameaças (*threats*) e “*criminal solicitation*”.

Ao que consta, a primeira referência clara ao discurso não-protegido foi feita em *Chaplinsky v. New Hampshire*, quando se afirmou que existem “(...) *certain well-defined and narrowly limited classes of speech, the prevention and punishment of which have never been thought to raise any constitutional problem.*”¹²⁷

d) A necessidade de neutralidade das restrições ao direito à liberdade de expressão

¹²⁵ *United States v. Alvarez*, 567 U.S. ____ (2012)

¹²⁶ CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law: 2012 Supplement*. 3rd ed. New York: Wolters Kluwer, 2012. p. 155

¹²⁷ *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942)

É célebre, entre alguns autores, a diferença entre restrição e regulamentação do direito de expressão (*freedom of speech*). Trata-se de diferença defendida, por exemplo, por LAURENCE TRIBE e JOHN RAWLS.¹²⁸ Essa distinção, entretanto, não é muito difundida nas decisões da Suprema Corte americana. Na jurisprudência, o tratamento das restrições ou regulações tem sido o mesmo: se elas forem baseadas no conteúdo do discurso, serão automaticamente presumidas inconstitucionais; se não forem baseadas no conteúdo do discurso, não serão presumidas inconstitucionais. Serão, todavia, em qualquer caso, submetidas a uma análise detida por parte da Suprema Corte.¹²⁹

Por fim, há ainda as chamadas “regulações incidentais” (*incidental regulations*), que são direcionadas a uma variada gama de atividades e que podem surtir efeitos substanciais, conquanto indiretos, sobre a liberdade de expressão. STRAUSS cita o caso do aumento da taxa dos juros pelo *Federal Reserve Board*.¹³⁰

Na prática, o aumento dos juros pode levar à extinção de jornais e editoras, os quais são instrumentais na divulgação de ideias e na proteção de canais plurais de irradiação do pensamento. Ainda que seja esse o caso, no direito americano, não se vislumbra qualquer ligação direta entre a medida do *Federal Reserve Board* e a liberdade de expressão,

¹²⁸ cf. AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. 2ªed. São Paulo: Malheiros, 2010. pp. 89-94

¹²⁹ STRAUSS, David A. *The Living Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 54

¹³⁰ STRAUSS, David A. *The Living Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 55

especificamente. Daí dizer-se que a medida é meramente indireta e que, porquanto, não viola a liberdade de expressão.¹³¹

No direito alemão, a resposta não seria tão simples. A doutrina constitucionalista mais moderna – sobretudo a alemã – aceita que direitos fundamentais possam ser limitados ou restringidos de maneira mediata ou indireta. Isso porque, em alguns casos, mesmo que a limitação não seja direcionada contra o titular do direito fundamental, a eficácia prática será a mesma ou muito semelhante à de uma restrição direta.¹³²

Suponha-se, a título de exemplo, que o Estado comece a impor regras excessivas de distribuição ou comercialização àqueles que produzem a matéria-prima do papel. A depender da intensidade dessas regras, é possível que isso inviabilize a própria comercialização de jornais e revistas, tornando ineficazes várias garantias constitucionais (art. 5º, IV, IX, XIV, CF). Outro caso que merece menção: se o Estado começa a fazer propagandas contra uma área da economia, como o cigarro, por exemplo, isso não se enquadra no conceito tradicional de limitação à liberdade profissional e ao direito da concorrência. Todavia, o efeito prático é muito semelhante: criar obstáculos e embaraços à venda de um produto, desestimular o seu consumo.

Se a ingerência mediata ou indireta for muito intensa, é possível que o Estado praticamente inutilize uma dada garantia constitucional. As restrições mediatas podem ser feitas de

¹³¹ STRAUSS, David A. *The Living Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 55

¹³² MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. *Grundrechte*. 3.Auf. Baden-Baden: Nomos, 2012. pp. 242ss.; MARTINS, Leonardo; DIMOULIS, Dimitri. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 4ªed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 137

maneira legítima e conforme a Constituição, porém é necessário entender que tais medidas devem ser subordinadas ao regime jurídico dos direitos fundamentais, pois são *restrições ao direito fundamental por equiparação*. Logo, o Estado deverá justificar sua atitude, à luz da máxima proporcionalidade, da teoria do núcleo essencial, da irretroatividade, da generalidade e da abstração.

Algumas condutas possuem a mesma eficácia prática de limitar diretamente o direito fundamental. Por isso, é necessário considerar que tais condutas são limitações ou restrições a direitos fundamentais, ainda que indiretas. Do contrário, o Estado encontraria meios oblíquos de burlar garantias constitucionais ou de ser inerte diante da ineficácia delas.

Em suma, se a ação ou omissão do Estado impedir “(...) parcialmente a prática de um comportamento correspondente à área de proteção de um direito fundamental”, estará configurada uma intervenção ou restrição indireta.¹³³

O importante é perceber que os direitos fundamentais foram criados para ter efetividade. Se o Estado ou terceiros econômica ou politicamente poderosos desenvolvem comportamentos que inviabilizam ou dificultam excessivamente o exercício de um direito fundamental, há uma restrição ou limitação a esse direito. Logo, se ela se mostrar excessiva, caberá questionamento judicial e, possivelmente, uma declaração de inconstitucionalidade. Se ficar constatada a violação por parte do

¹³³ MARTINS, Leonardo; DIMOULIS, Dimitri. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 4ªed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 138

Estado, ele terá que abster-se de restringir o direito; no caso de terceiro que inviabiliza o exercício de direito fundamental, caberá ao Estado tomar providências para cessar sua conduta, em virtude dos deveres de proteção (*Schutzpflichten*; *positive obligations*).¹³⁴ Essa é uma das conseqüências de se aceitar a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.¹³⁵

Não há dúvida de que a figura da restrição ou limitação mediata alarga muito a abrangência do direito fundamental. *Pari passu*, cresce também o perigo de haver uma excessiva judicialização de políticas públicas. Afinal, o conceito de restrição jusfundamental passa a ser estruturalmente muito abrangente. Poderá, portanto, incidir sobre os mais diversos comportamentos. Com efeito, exige-se muita cautela dos tribunais, ao aplicarem a categoria da restrição indireta, à qual só se deve recorrer em última instância e desde que realmente necessário.¹³⁶ Não menos certo, porém, é que os direitos fundamentais foram instituídos para ter aplicação efetiva, para realmente assegurar as liberdades neles contidas. Portanto, não se pode simplesmente ignorar que certas condutas, ainda que sem a intenção de limitar um direito fundamental, podem esvaziar completamente a sua efetividade.

¹³⁴ Sobre os deveres de proteção, cf., e.g., DIETLEIN, Johannes. *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*. 2.Auf. Berlin: Duncker & Humblot, 2005.

¹³⁵ STARCK, Christian. ‘Art. 1 Abs. 3’, in MANGOLDT, Hermann v.; KLEIN, Friedrich; STARCK, Christian. *Kommentar zum Grundgesetz*. München: Franz Vahlen Verlag, 2010. pp. 101, 112ss.

¹³⁶ BETHGE, Herbert. ‘Mittelbare Grundrechtsbeeinträchtigungen’, in MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen. *Handbuch der Grundrechte: Allgemeine Lehren II*. München: C.F. Müller, 2009. pp. 113ss.

É necessário assegurar as condições e os pressupostos fáticos necessários para o gozo dos direitos fundamentais, sob pena de eles se transformarem em letra morta. Desse modo, na Alemanha, a restrição mediata ao direito fundamental à liberdade de expressão é, efetivamente, imputável ao Estado, independentemente da sua intenção ou da do terceiro. Exige-se, em contrapartida, que o impacto fático seja realmente intenso, a ponto de inviabilizar o direito. Por fim, havendo restrição mediata ou fática a um direito fundamental e não havendo uma justificação constitucionalmente plausível, haverá uma violação do direito. Deve-se, então, declarar a restrição inconstitucional, o que significa que providências deverão ser tomadas para desfazê-la, neutralizando os seus efeitos práticos.

Porém, nos Estados Unidos, prevalece que a elevação de taxas de juros que viessem a ocasionar o fechamento de inúmeros jornais configuraria mera âlea econômica comum, à qual qualquer empreendimento está sujeito e que não se volta, de maneira direta, contra a liberdade de expressão. Sob essa visão, afirmar o contrário significaria dizer que uma grave crise econômica que assola todo um país e que força o fechamento de várias empresas, inclusive editoras e jornais, é inconstitucional. Nesse caso, trata-se de fato da vida desprovido de qualquer reprovabilidade jurídica. Não há um direcionamento contra a liberdade de expressão, o que faz com que se trate de questão alheia ao direito fundamental propriamente dito.

Suponhamos que uma lei aprovada pelo Parlamento proibisse manifestações de partidos comunistas nos dias 10 de

fevereiro de cada ano, entre 14h e 18h.¹³⁷ Tal lei dificilmente poderia ser considerada constitucional. Contudo, o grau de restrição seria ínfimo, nomeadamente, um dia por ano, durante meras quatro horas. Repare-se que o direito constitucional norte-americano desconhece a dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Desse modo, não se admitem as limitações mediatas ou indiretas a direitos fundamentais, nem a eficácia dos direitos fundamentais sobre as relações jurídico-privadas.

Diferentemente, se se proíbem manifestações em determinados locais, como a sede da Presidência da República ou do Parlamento, em qualquer dia e horário, está-se diante de uma restrição substancial, a qual, não obstante, pode ser considerada constitucional.¹³⁸

Que tipo de raciocínio se encontra por trás da conclusão de que o primeiro caso é incompatível com a constituição; e o segundo, não? A primeira restrição singularizou um tipo de pensamento político e, violando a neutralidade que deve ser observada quando das restrições ao direito à liberdade de expressão, criou diferenciação arbitrária.¹³⁹ Colocou-se, pois, um tipo específico de conteúdo de pensamento em desvantagem em relação aos outros. O Estado restringiu um determinado discurso em virtude de seu conteúdo.

¹³⁷ O exemplo será retomado na Parte IV, Seção 3, *infra*.

¹³⁸ Os dois exemplos dados foram, em linhas gerais, baseados em AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. 2^aed. São Paulo: Malheiros, 2010. pp. 101, 105-107

¹³⁹ Sobre a neutralidade das limitações à liberdade de expressão e a dignidade humana, cf. COSTA NETO, João. *Dignidade Humana: Visão do Tribunal Constitucional Federal alemão, do STF e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014. pp. 66-76

Já no segundo caso se restringiu uma forma de discurso – isto é, a manifestação, com uso de multidões, carros, aparelhos e objetos sonoros –, independentemente do conteúdo do discurso a ser defendido por meio dessa forma.

Diante disso, é possível concluir que as restrições à forma de discurso – que são aquelas que dizem respeito ao local, horário, meio de divulgação – são, em princípio, admissíveis. Elas não o serão quando impedirem excessivamente a expressão e representarem tolhimento muito grande ao fluxo de informações e ideias. Estarão, com certeza, submetidas ao crivo da máxima da proporcionalidade, mas não padecem de uma presunção de inconstitucionalidade, como ocorre no caso de restrições ao conteúdo do discurso.

Um caso extremo seria, por exemplo, a proibição *tout court* do uso da *internet* para divulgar opiniões. Trata-se de proibição formal, que não singulariza um discurso específico. Todavia, essa proibição não deixa de ser inconstitucional, com base na máxima da proporcionalidade. Sempre será necessário proceder a um exame da proporcionalidade da medida formal, que, entretanto, será, em princípio, constitucional. É o que ocorre com a proibição de emitir ruídos em determinados horários e locais, em favor do sossego e da paz públicas, dentre outros bens coletivos.

Outra proibição formal de expressão de opiniões é a vedação de distribuir panfletos, qualquer que seja o conteúdo, em locais públicos. Essa proibição, ainda que formal, é, no mínimo, discutível. Sem dúvida, não se pode alegar proteção ao

meio ambiente, tendo em vista que há punições para aqueles que poluem, jogando os panfletos no chão.

Em outras palavras, se uma lei proibindo a distribuição de panfletos em locais públicos fosse criada para proteger o meio ambiente, poder-se-ia alegar que ela é adequada para atingir o fim a que visa, porque a não-distribuição de panfletos diminui, em algum grau, a poluição. Outrossim, a medida é necessária, porque não parece haver medida igualmente eficaz. Trata-se de medida drástica e, por isso mesmo, bastante eficaz. Qualquer outra providência menos radical seria também menos eficiente. Porém, a solução adotada não parece ponderar adequadamente a importância da distribuição de panfletos – enquanto meio de divulgação de ideias – em face da louvável intenção de proteger o meio ambiente. Proibir *tout court* a entrega de panfletos em locais públicos implica desfavorecer em demasia a liberdade de expressão, inviabilizando um meio tão importante para a sua concretização, a fim de favorecer a tutela do meio ambiente.

Por outro lado, restrições ao conteúdo do discurso são, em princípio, inadmissíveis, salvo com base em uma exceção bastante bem fundamentada em interesses cogentes da coletividade. Nesta hipótese, a máxima da proporcionalidade será aplicada de maneira mais substancial, na forma de um controle intensificado de conteúdo (*intensivierte inhaltliche Kontrolle*).¹⁴⁰ Com efeito, o escrutínio ao qual a medida que restringe conteúdo se subordina é muito maior.

¹⁴⁰ cf. Parte IV, Seção 1, item “b”, *infra*.

Em síntese, não existe previsão do instituto da restrição mediata ou indireta a direito fundamental no ordenamento jurídico norte-americano.

e) Considerações finais

Ainda que diversificadas, as considerações precedentes apresentam um relevante pano de fundo para compreender o debate sobre a liberdade de expressão no ordenamento jurídico norte-americano. A proteção do discurso atinge patamares elevados nos EUA, e a adoção de *standards of review* ou *levels of scrutiny* contribui nesse sentido decisivamente.

Familiarizado o leitor com parte do debate sobre a liberdade de expressão no ordenamento norte-americano, passamos a analisar esse mesmo debate desde outra perspectiva, a do ordenamento jurídico alemão.

2) A liberdade de expressão no ordenamento jurídico alemão

a) Considerações históricas sobre o art. 5, (1), da Lei Fundamental

A Constituição de Weimar (WRV) previa a liberdade de expressão em seu art. 118. Garantia-se aos alemães o direito de expressar-se por meio de palavra, escrito, impressão ou outra maneira, respeitados os limites das leis gerais.¹⁴¹

A manifestação artística foi contemplada com dispositivo próprio, o art. 142 da WRV. Após a ascensão nazista, os direitos fundamentais foram praticamente abolidos, por meio

¹⁴¹ Sobre as leis gerais, cf., logo a seguir, o item “b” desta Seção 1 da Parte II.

do Decreto Emergencial para a Proteção do Povo e do Estado (*Notverordnung zum Schutze von Volk und Staat*), de 1933.¹⁴²

Conquanto editado com base no art. 48, (2), da WRV, o decreto significava a revogação *de facto, non de iure*, da Constituição de Weimar. Foram tornados sem efeito os direitos fundamentais nela previstos. É, pois, desnecessário dizer que o período nazista não foi das melhores épocas para a liberdade de expressão.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, surgiram as primeiras Constituições estaduais (*Landesverfassungen*) pós-nacional-socialismo. O ente federado ou estado (*Bundesland*) de Hessen, por exemplo, previu a liberdade de expressão em seu art. 11. A Cidade Livre Hanseática de Bremen (*Freie Hansestadt Bremen*) fez o mesmo no art. 15, (1), de sua Constituição de 1947.¹⁴³

Em 1949, foi aprovada a Lei Fundamental alemã (*Grundgesetz - GG*). O documento recebeu esse nome, em vez de ser designado “Constituição” (*Verfassung*), porque se entendia que seria provisório. Seu caráter temporário foi expressamente enunciado em seu art. 146. A liberdade de expressão encontra-se prevista no art. 5, (1), do *Grundgesetz*.

Quanto à liberdade de expressão, é possível destacar inovações expressivas em relação à Constituição de Weimar. Em

¹⁴² FECHNER, Frank. ‘Meinungsfreiheit, Pressefreiheit, Freiheit der Kunst, Wissenschaft, Forschung und Lehre’, in STERN, Klaus; BECKER, Florian. *Grundrechte-Kommentar*. Köln: Carl Heymanns, 2010. p. 519

¹⁴³ FECHNER, Frank. ‘Meinungsfreiheit, Pressefreiheit, Freiheit der Kunst, Wissenschaft, Forschung und Lehre’, in STERN, Klaus; BECKER, Florian. *Grundrechte-Kommentar*. Köln: Carl Heymanns, 2010. p. 521

primeiro lugar, a liberdade de expressão deixou de ser garantida apenas aos nacionais. Cuida-se, por conseguinte, de um direito fundamental estendível a todos.

Na Alemanha, cunhou-se um conciso termo que epitoma essa ideia: *Jedermannsrecht*. Nesse contexto, há direitos fundamentais de qualquer um ou direito de qualquer pessoa (*Jedermannsrecht*). Ou seja: um direito de todo ser humano. Diferentemente da maioria dos direitos políticos, que, em regra, são privativos dos cidadãos de um dado país, os *Jedermannsrechte* são direitos fundamentais que abrangem, indistintamente, todos os seres humanos, cidadãos ou não.

Na Constituição de Weimar, a liberdade de expressão era privativa de nacionais, de alemães; a partir do *Grundgesetz*, passou a ser um *Jedermannsrecht*.¹⁴⁴

Em segundo lugar, os comitês responsáveis pela redação do *Grundgesetz* alteraram o texto em relação à Constituição de Weimar, de modo a esclarecer que a liberdade de expressão seria garantida na esfera pública; e não na privada. Em terceiro lugar, passou a prever expressamente as liberdades de imprensa (*Pressefreiheit*), de informação (*Informationsfreiheit*), e de radiodifusão e filme (*Rundfunk- und Filmfreiheit*). Proibiu-se a censura de maneira explícita e sem exceções.¹⁴⁵

¹⁴⁴ FECHNER, Frank. ‘Meinungsfreiheit, Pressefreiheit, Freiheit der Kunst, Wissenschaft, Forschung und Lehre’, in STERN, Klaus; BECKER, Florian. *Grundrechte-Kommentar*. Köln: Carl Heymanns, 2010. p. 524

¹⁴⁵ FECHNER, Frank. ‘Meinungsfreiheit, Pressefreiheit, Freiheit der Kunst, Wissenschaft, Forschung und Lehre’, in STERN, Klaus; BECKER, Florian. *Grundrechte-Kommentar*. Köln: Carl Heymanns, 2010. pp. 525-6

É digno de nota que o art. 5 do GG jamais sofreu mudança em sua redação, muito embora a Lei Fundamental alemã já tenha sido alterada por mais de 50 emendas constitucionais.¹⁴⁶

b) A *Meinungsfreiheit* na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*)

O *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) já afirmou que o conceito de opinião (*Meinung*), no que tange à respectiva garantia constitucional, deve ser interpretado de maneira ampla, valendo o brocardo *in dubio pro libertate*.¹⁴⁷ Isso decorre do fato de tratar-se de um “direito fundamental constituinte” (*konstituierendes Grundrecht*) para a democracia. É a verdadeira escolha axiológica (*Wertentscheidung*) que garante a todo ser humano o direito de ter opiniões e de expressá-las.¹⁴⁸ Tal escolha instaura uma prioridade, consistente no direito de expressar, em princípio, qualquer opinião. Trata-se de uma regra que só pode ser afastada excepcionalmente, com base em critérios plausíveis. Assim, é-nos lícito dizer que aquele que deseja limitar a liberdade de expressão possui um *grauissimum onus argumentandi*.

JÖRG IPSEN afirma que não há uma definição a contento do que seja uma “opinião” (*Meinung*) na acepção

¹⁴⁶ FECHNER, Frank. ‘Meinungsfreiheit, Pressefreiheit, Freiheit der Kunst, Wissenschaft, Forschung und Lehre’, in STERN, Klaus; BECKER, Florian. *Grundrechte-Kommentar*. Köln: Carl Heymanns, 2010. p. 528

¹⁴⁷ SODAN, Helge. *Grundgesetz*. 2.Auf. München: C.H. Beck, 2011. p. 77

¹⁴⁸ JARASS, Hans D.; PIEROTH, Bodo. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar*. 12.Auf. München: C.H. Beck, 2012. pp. 182ss.

jurídico-constitucional do termo. Segundo ele, o uso de sinônimos para definir a palavra mostra-se insuficiente. Citando trecho de uma decisão do *BVerfG*, o autor diz que, conquanto a tentativa de definição do Tribunal alemão se mostre infrutífera, dela é possível extrair que o conceito de “opinião” abrange as mais diversas formas de expressão de uma ideia. Logo, em tese, quase toda divulgação de ideia recebe a incidência do conceito e, por conseguinte, da proteção constitucional.¹⁴⁹

Em princípio, qualquer limitação à divulgação de uma ideia, seja ela escrita, imagética ou pictórica, oral, etc., deve estar devidamente justificada. Nesse contexto, a liberdade de expressão garante que o processo de comunicação, em geral, transcorra o mais livre de importunação possível.¹⁵⁰

Embora o *BVerfG* já tenha dito que comunicação de fatos (*Tatsachenmitteilung*) não seja, em sentido estrito, uma expressão de opinião, o que se explicará melhor a seguir, entende-se que a jurisprudência do Tribunal garante a expressão (*Äußerung*) e a divulgação (*Verbreitung*) de quaisquer ideias e, inclusive, de fatos. No discurso político, por exemplo, até afirmações abertamente falsas (*offensichtlich unwahre Behauptungen*) estão abarcadas pelo âmbito de proteção constitucional.¹⁵¹ Dessa forma, qualquer limitação da divulgação

¹⁴⁹ IPSEN, Jörg. *Staatsrecht II. Grundrechte*. 15.Auf. München: Franz Vahlen, 2012. p. 125

¹⁵⁰ BVerfGE 69, 315 (329) (Brokdorf); BVerfGE 91, 125 (129) (Fernsehaufnahmen im Gerichtssaal I)

¹⁵¹ IPSEN, Jörg. *Staatsrecht II. Grundrechte*. 15.Auf. München: Franz Vahlen, 2012. p. 126

de ideias, seja ela política ou não-política, implica ingerência ou restrição do direito fundamental à liberdade de expressão.¹⁵²

A toda evidência, tais limitações (*Einschränkungen*), restrições (*Eingriffe*) ou ingerências (*Beeinträchtigungen*) submetem-se a vários critérios avaliativos, de modo a aferir se a limitação, ingerência ou restrição é, ou não, constitucionalmente autorizada.¹⁵³ O *BVerfG* já decidiu que a liberdade de expressão possui, pelo menos, duas facetas que determinam sua essência (*wesensbestimmend*): de um lado, em virtude do princípio democrático, a liberdade de expressão possui uma componente democrático-funcional que visa a manter o cidadão informado, de modo a possibilitar-lhe um controle efetivo, livre, transparente e democrático do poder estatal; de outro lado, a liberdade de expressão abrange uma componente individual, visto que aptidões como informar-se a partir de diferentes fontes, ampliar o próprio conhecimento e desenvolver a própria personalidade pertencem às necessidades elementares do ser humano.¹⁵⁴ ¹⁵⁵ Com efeito, afirma-se que a *Meinungsfreiheit* tutela não apenas o

¹⁵² IPSEN, Jörg. *Staatsrecht II. Grundrechte*. 15.Auf. München: Franz Vahlen, 2012. p. 126

¹⁵³ IPSEN, Jörg. *Staatsrecht II. Grundrechte*. 15.Auf. München: Franz Vahlen, 2012. p. 127

¹⁵⁴ BVerfGE 27, 71 (81)

¹⁵⁵ Sobre os deveres de proteção aplicados à liberdade de expressão e os entraves às medidas estatais de fomento à imprensa, cf. BVerfGE 80, 124 (133) (Postzeitungsdienst)

desenvolvimento individual e privado, mas também o processo político e público em um Estado constitucional democrático.¹⁵⁶

Na doutrina alemã, a proteção a bens jurídicos como o direito à personalidade e a tutela da juventude fornecem justificativas plausíveis para delinear os contornos da abrangência da liberdade de expressão. Como alertam LOTHAR MICHAEL e MARTIN MORLOK, bem como KLAUS STERN, a proteção à juventude (*Schutz der Jugend*) também é um dos limites à liberdade de expressão.¹⁵⁷

Mesmo com base em tais valores de estatura constitucional, é imprescindível a edição de lei em sentido formal. Contudo, nem toda e qualquer limitação com fulcro nos bens jurídicos mencionados será legítima. Há que se observarem certos requisitos, como a abstração das leis que limitam a liberdade de expressão e a preservação de seu núcleo essencial (*Kernbereich* ou *Wesensgehalt*). Tais requisitos consubstanciam verdadeiros limites dos limites (*Schranken-Schranke*) do direito fundamental à liberdade de expressão.¹⁵⁸

No direito alemão, a liberdade de expressão possui algumas peculiaridades dignas de nota. Em primeiro lugar, não

¹⁵⁶ SCHULZE-FIELITZ, Helmuth. ‘Meinungs- und Pressefreiheit, Rundfunk- und Filmfreiheit’, in DREIER, Horst. *Grundgesetz-Kommentar*. 3.Auf. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013. p. 636

¹⁵⁷ MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. *Grundrechte*. 3.Auf. Baden-Baden: Nomos, 2012. p. 309; STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland: Die einzelnen Grundrechte*. München: C.H. Beck, vol. IV/1, 2006. p. 1454

¹⁵⁸ STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland: Die einzelnen Grundrechte*. München: C.H. Beck, vol. IV/1, 2006. p. 1735; KLOEPFER, Michael. *Verfassungsrecht: Grundrechte*. München: C.H. Beck, vol. II, 2010. p. 290

se trata de um direito fundamental sem reserva legal. Logo, em tese, basta uma lei em sentido formal para restringir a liberdade de expressão. Contudo, conquanto o *Grundgesetz* não estipule as linhas mestras do conteúdo dessas leis (o que faz com que não se trate de um direito fundamental com reserva legal qualificada), exige-se que a lei seja “geral”.

A intuição jurídica por trás da exigência de lei geral (*allgemeines Gesetz*) aparenta emanar de um pressuposto: o de que uma opinião em si não pode ser vedada ou criminalizada, sob pena de os tribunais ou uma dada maioria transitória extirpar dos debates públicos opiniões contrárias às dominantes. Toda e qualquer imposição face ao direito de manifestação do pensamento deve ser geral, de modo a não vedar um pensamento ou uma forma de julgar específica.

Deve-se observar, tanto quanto possível, uma postura neutra e formal, dotando as leis de um sentido geral, precisamente por não vedarem um ou outro pensamento especificamente, mas sim qualquer tipo de opinião que provoque danos a certos bens jurídicos.¹⁵⁹ ¹⁶⁰ Isso independe de seu conteúdo do ponto de vista substancial e material, desde que ultrapassadas certas imposições.¹⁶¹

¹⁵⁹ Sobre a importância da neutralidade ao delimitar a área de proteção (*Schutzbereich*) de um direito fundamental, cf. Parte III, Seção 7, *infra*.

¹⁶⁰ cf. SCHULZE-FIELITZ, Helmuth. ‘Meinungs- und Pressefreiheit, Rundfunk- und Filmfreiheit’, in DREIER, Horst. *Grundgesetz-Kommentar*. 3.Auf. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013. p. 690

¹⁶¹ BVerfGE 124, 300 (324, 331); SCHULZE-FIELITZ, Helmuth. ‘Meinungs- und Pressefreiheit, Rundfunk- und Filmfreiheit’, in DREIER, Horst. *Grundgesetz-Kommentar*. 3.Auf. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013. p. 690; JARASS, Hans D.;

Há, na doutrina alemã, pelo menos duas teorias que tentam definir o que seja uma lei geral ou universal (*allgemeines Gesetz*), nos termos do art. 5, (2), do *Grundgesetz*. Trata-se da *Sonderrechtslehre* e da *Abwägungslehre*. De acordo com o *BVerfG*, a *Sonderrechtslehre* (teoria do direito especial ou de exceção) define lei geral como aquela que não proíbe uma opinião enquanto tal, qual seja, a que não é direcionada contra uma expressão de opinião como tal, mas, na verdade, serve para proteção de um bem jurídico *per se*, sem tomar em consideração uma opinião determinada (*die 'nicht eine Meinung als solche verbieten, die sich nicht gegen die Äußerung der Meinung als solche richten', die vielmehr 'dem Schutze eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung, zu schützenden Rechtsguts dienen'*).¹⁶²

Já segundo a *Abwägungslehre* (teoria do sopesamento), a lei geral é aquela que é fruto de uma ponderação ou sopesamento dos diferentes bens jurídico-constitucionais em jogo. A questão já era extremamente controversa na vigência da Constituição de Weimar (*rectior: Verfassung des Deutschen Reichs*), em virtude da alusão de seu artigo 118 – que garantia a liberdade de expressão – às *allgemeine Gesetze*. Em seminal texto, RUDOLF SMEND já tentava, em 1927, solucionar o impasse entre as duas diferentes teorias.¹⁶³ Hodiernamente, na sua

PIEROTH, Bodo. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar*. 12.Auf. München: C.H. Beck, 2012. pp. 207-8

¹⁶² BVerfGE 7, 198 (209-10). No mesmo sentido: BVerfGE 113, 63 (79); 117, 244 (260); 120, 180 (200); 124, 300 (322).

¹⁶³ SMEND, Rudolf. *Das Recht der freien Meinungsäußerung* (VVDSStL, 4). Berlin u. Leipzig: Walter de Gruyter, 1928.

jurisprudência, o *BVerfG* adotou uma teoria mista, a qual pode ser chamada de *Kombinationslehre*¹⁶⁴ e que incorpora elementos da *Sonderrechtslehre* e da *Abwägungslehre*.¹⁶⁵

Para uma tutela efetiva, é imprescindível que a liberdade de expressão, mais do que muitos dos outros direitos fundamentais, mantenha seu caráter formal e que julgue, indistintamente, as diferentes opiniões, sem levar em conta o juízo de valor que essas fazem, mas apenas o dano que elas causam aos bens jurídicos tutelados. As leis não podem voltar-se contra opiniões determinadas e específicas, sob pena de se transformarem em uma limitação casuística e não-geral à liberdade de expressão; limitações baseadas no caso concreto (*Einzelfallbezogen*), portanto, o que é vedado em matéria de direito fundamental.¹⁶⁶

Ademais, especificamente no caso da liberdade de expressão, esses limites dos limites passam a ser mais intensos. A bem da prioridade da liberdade de opinião (*Vorrang der Meinungsfreiheit*), é preciso que o bem jurídico protegido seja constitucionalmente tutelado e esteja, concretamente, em perigo. Exige-se também que a lei não seja uma norma de exceção ou

¹⁶⁴ GRÖPL, Christoph; WINDTHORST, Kay; COELLN, Christian von. *Grundgesetz: Studienkommentar*. München: C.H. Beck, 2013. p. 125

¹⁶⁵ SODAN, Helge. *Grundgesetz*. 2.Auf. München: C.H. Beck, 2011. pp. 86ss.; MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. *Grundrechte*. 3.Auf. Baden-Baden: Nomos, 2012. pp. 310ss.

¹⁶⁶ MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. *Grundrechte*. 3.Auf. Baden-Baden: Nomos, 2012. p. 282

particular (*Sonderrecht*), ou seja, que não trate, de forma diferenciada, uma determinada maneira de pensar e julgar.¹⁶⁷

Nesse sentido, a opinião de um nazista, ao defender o nazismo, ou de um defensor da democracia, ao pregar princípios republicanos, podem ser igualmente nocivas, desde que direcionadas à violação, por exemplo, da honra subjetiva de um indivíduo, ferindo o direito geral da personalidade.

Em princípio, qualquer lei geral poderia limitar, ao alvedrio do legislador infraconstitucional, a liberdade de expressão. Viu-se que não há, na própria Lei Fundamental, parâmetros que definam materialmente o que sejam essas leis. Se se trata de um direito fundamental com reserva legal simples, caberia à lei dispor, sem quaisquer embaraços de ordem material, sobre os limites à liberdade de expressão.

É imprescindível compreender, entretanto, que o legislador não pode fazer aquilo que bem entender com os direitos fundamentais, nem mesmo com aqueles gravados de cláusula de reserva legal simples. Se admitíssemos o contrário, todos esses direitos teriam pouca utilidade e nenhuma obrigatoriedade jurídico-constitucional. Apesar de estarem previstos na Constituição, esses direitos poderiam ser limitados e condicionados de maneira absolutamente livre e com base em leis, atos normativos que, por definição, estão abaixo da Constituição. Esse raciocínio é incompatível com a vinculação do legislador ordinário à Constituição, prevista no art. 1, (3), da Lei Fundamental. Não teria sentido prever tais direitos na

¹⁶⁷ STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland: Die einzelnen Grundrechte*. München: C.H. Beck, vol. IV/1, 2006. p. 1447

Constituição, se, ao fim e ao cabo, eles estivessem livremente à disposição do legislador infraconstitucional.

KARL MARX, por exemplo, acusou a Constituição Francesa de 1848 de usar um “truque”, consistente em prometer a liberdade mais completa e plena, estabelecer os princípios mais belos, mas deixar a aplicação de tudo isso, todos os detalhes, às decisões tomadas por meio de leis ulteriores, de hierarquia não-constitucional.¹⁶⁸ Se, de fato, houver direitos fundamentais completamente à disposição do legislador infraconstitucional, a crítica de MARX seria uma objeção sólida e plausível ao modelo de Constituição que se tem hodiernamente. No fundo, o direito fundamental com reserva legal simples não teria qualquer força vinculante e implicaria um verdadeiro “cheque em branco” ao legislador infraconstitucional.

No caso da liberdade de expressão, o problema é ainda mais proeminente, já que se trata de direito fundamental que, a um só tempo, contribui decisivamente para a democracia e a sociedade e para o livre desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo. Nesse contexto, o *BVerfG* passou a entender, a partir de 1958, quando do famoso *Lüth-Urteil*, que qualquer lei que restrinja a liberdade de expressão deve observar a chamada *Wechselwirkung* (eficácia recíproca).

De acordo com essa teoria, impõe-se enxergar uma medida restritiva à liberdade de expressão à luz do significado que esse direito fundamental possui em um estado livre e

¹⁶⁸ MARX, Karl. *Die Konstitution der Französischen Republik, angenommen am 4. November 1848*, apud ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2.Auf. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 293

democrático. Com isso, a relevância do direito fundamental deverá limitar a própria eficácia limitadora da lei restritiva.¹⁶⁹ Em outras palavras, da mesma forma que a lei produz efeitos que limitam o direito fundamental, o direito fundamental – por força de seu caráter essencial – limita o efeito limitador da lei.

Decerto, instituiu-se um novo limite dos limites, para que direitos fundamentais gravados de cláusula de reserva legal simples não possam ser tolhidos arbitrariamente. É ao menos sintomático que a *Wechselwirkung* – que posteriormente foi aplicada a outros direitos fundamentais, como a liberdade profissional¹⁷⁰ e a liberdade artística¹⁷¹ – tenha sido engendrada em um caso referente ao direito fundamental à liberdade de expressão. Em apertada síntese, a *Wechselwirkung* corresponde a uma das teses centrais deste trabalho: a de que os variegados fundamentos que justificam a liberdade de expressão densificam a proteção oferecida por esse direito fundamental, reduzindo consideravelmente as possibilidades de sua limitação.

Curiosamente, não é incomum citar a *Wechselwirkunglehre* como uma particularidade do direito fundamental à liberdade de expressão, ao lado da *Stufentheorie* como uma peculiaridade do direito à liberdade profissional.^{172 173}

¹⁶⁹ BVerfGE 7, 198 (208-9)

¹⁷⁰ BVerfGE 7, 377 (403-4)

¹⁷¹ BVerfGE 81, 278 (292)

¹⁷² STERN, Klaus. ‘Einleitung’, in STERN, Klaus; BECKER, Florian. *Grundrechte-Kommentar*. Köln: Carl Heymanns, 2010. p. 52; DREIER, Horst. ‘Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG’, in DREIER, Horst. *Grundgesetz-Kommentar*. 3.Auf. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013. p. 145

Com isso, sugere-se que esses dois direitos fundamentais gozam de um regime específico de limites dos limites ou de uma conformação específica da máxima da proporcionalidade (*bereichsspezifische Ausformung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit*)¹⁷⁴, o que discutivelmente lhes forneceria uma proteção mais intensa e efetiva do que aquela dada a outros direitos fundamentais.

Impõe-se notar, outrossim, que o princípio majoritário não concede à maioria o direito de obrigar a minoria a mudar de convicção política. Nesse sentido, o *BVerfG* tem levado em conta os efeitos negativos que ingerências pontuais sobre a liberdade de expressão individual podem gerar em todo o exercício geral desse direito fundamental.¹⁷⁵ O efeito intimidatório e multiplicador, por exemplo, da condenação de um jornalista a custear compensação por danos morais pode interferir na liberdade do discurso, da informação e da formação de opinião. Tudo isso afetaria sensivelmente a própria substância da liberdade de expressão.

¹⁷³ Sobre a *Stufentheorie* e o direito fundamental à liberdade profissional, cf. Parte IV, Seção 1, item “c”, *infra*.

¹⁷⁴ DREIER, Horst. ‘Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG’, in DREIER, Horst. *Grundgesetz-Kommentar*. 3.Auf. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013. p. 145

¹⁷⁵ “*Das Mehrheitsprinzip gibt der Mehrheit nicht das Recht, die Minderheit zu binden, verpflichtet diese aber nicht, die Auffassung der Mehrheit zu übernehmen. Über die Beeinträchtigung der individuellen Meinungsfreiheit des Beschwerdeführers hinaus würden die negativen Wirkungen auf die generelle Ausübung des Grundrechts der Meinungsfreiheit von erheblicher Tragweite sein (vgl. BVerfGE 42, 143 [156] - abw Meinung). Denn ein solches Vorgehen staatlicher Gewalt würde, nicht zuletzt wegen seiner einschüchternden Wirkung, freie Rede, freie Information und freie Meinungsbildung empfindlich berühren und damit die Meinungsfreiheit in ihrer Substanz treffen.*” (BVerfGE 43, 130 (136), sem grifo no original)

É de notar-se, por conseguinte, que o chamado “efeito intimidador” (*einschüchternde Wirkung*) desempenha um papel relevante no que se refere à proteção do discurso político, assim como ocorre com o chamado “efeito resfriador” (*chilling effect*)¹⁷⁶ na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana¹⁷⁷ e na do Tribunal Europeu de Direitos Humanos¹⁷⁸. Esse tipo de argumento realça a componente funcional-democrática da liberdade de expressão, o que conduz novamente¹⁷⁹ à conclusão de que os fundamentos justificadores desse direito fundamental são mutualmente corroborantes e complementares.

Aponte-se, outrossim, que o *BVerfG* se deparou com problemas ao tentar conciliar a exigência de lei geral para limitar a liberdade de expressão e os postulados da teoria geral dos direitos fundamentais (e.g. a exigência de lei geral, prevista, expressamente, no art. 19 do *Grundgesetz*) com a criminalização de opiniões nazistas. Embora haja decisões do *BVerfG* segundo as quais leis que proíbem a negação do holocausto são gerais para fins constitucionais, prevalece a visão¹⁸⁰ de que as normas incriminadoras do discurso nazista são uma exceção à vedação de “norma especial ou particular” (*Sonderrecht*). Tal exceção, segundo a Corte, é algo imanente à própria Lei Fundamental.

¹⁷⁶ Sobre o *chilling effect*, cf., e.g., MÜLLER, Jörg Paul; SCHEFER, Markus. *Grundrechte in der Schweiz*. 4.Auf. Bern: Stämpfli Verlag, 2008. pp. 375ss.

¹⁷⁷ cf., e.g., *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844 (1997); LEWIS, Anthony. *Freedom for the Thought that we Hate: a biography of the First Amendment*. New York: Basic Books, 2007. pp. 51ss.

¹⁷⁸ cf., e.g., *Stoll v. Switzerland*, 69698/01 (2007)

¹⁷⁹ cf. Parte I, Seção 4, *supra*.

¹⁸⁰ Epitomada em BVerfGE 124, 300.

A Corte alemã aceita que a afirmação de fatos (*Tatsachenbehauptung*) provadamente falsos, como a negação do holocausto, desafia sanção penal, o que é compatível com a Lei Fundamental.¹⁸¹ ¹⁸² Ressalte-se, ainda, que a criminalização do revisionismo histórico com respeito ao holocausto é exceção, criada um tanto *ad hoc* e casuisticamente, em face do passado da Alemanha e do próprio contexto em meio ao qual o *Grundgesetz* surgiu.¹⁸³ O próprio *BVerfG* já admitiu, mais recentemente, que se trata de uma lei não-geral (*nichtallgemeines Gesetz*).¹⁸⁴ Porém, a limitação ao direito fundamental estaria autorizada por motivos imanentes à própria Lei Fundamental, notadamente por causa de seu surgimento histórico de contraposição ao passado nazista.

Conquanto seja esse o caso, o *BVerfG* mantém a visão de que a Lei Fundamental não legitima qualquer proibição geral da divulgação de ideologia de extrema-direita ou mesmo nacional-socialista, ainda que com respeito à eficácia mental ou

¹⁸¹ “*Nicht mehr in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG fallen hingegen bewusst oder erwiesen unwahre Tatsachenbehauptungen, da sie zu der verfassungsrechtlich gewährleisteten Meinungsbildung nichts beitragen können (vgl. BVerfGE 61, 1 <8>; 90, 241 <247>). Allerdings dürfen die Anforderungen an die Wahrheitspflicht nicht so bemessen werden, dass darunter die Funktion der Meinungsfreiheit leidet. Im Einzelfall ist eine Trennung der tatsächlichen und der wertenden Bestandteile nur zulässig, wenn dadurch der Sinn der Äußerung nicht verfälscht wird. Wo dies nicht möglich ist, muss die Äußerung im Interesse eines wirksamen Grundrechtsschutzes insgesamt als Meinungsäußerung angesehen werden, weil andernfalls eine wesentliche Verkürzung des Grundrechtsschutzes drohte (vgl. BVerfGE 90, 241 <248>; stRspr).*” (*BVerfG*, 1 BvR 2150/08)

¹⁸² Sobre a reverberação dessa perspectiva sobre o direito de reunião, cf. *BVerfGE* 90, 241 (Auschwitzlüge).

¹⁸³ Contra a exceção criada pelo *BVerfG*: PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte. Staatsrecht II*. 27.Auf. München: C.F. Müller, 2011. p. 143

¹⁸⁴ *BVerfGE* 124, 300

intelectual (*geistig*) de seu conteúdo (*Das Grundgesetz rechtfertigt kein allgemeines Verbot der Verbreitung rechtsradikalen oder auch nationalsozialistischen Gedankenguts schon in Bezug auf die geistige Wirkung seines Inhalts*).¹⁸⁵

Nesse sentido, o *BVerfG* reiterou, em 28 de novembro de 2011, que a falta de fundamento (*Grundlosigkeit*) de uma opinião ou o fato de ela ser verdadeira ou falsa, racional ou irracional, valiosa ou desvaliosa, perigosa ou inofensiva não retiram a proteção constitucional de que ela se reveste.¹⁸⁶ Tampouco interessa, para fins de perda do manto da tutela constitucional, se tal opinião foi expressada de maneira mais aguda ou exagerada.¹⁸⁷

c) Considerações finais

Familiarizado o leitor com parte do debate sobre a liberdade de expressão no ordenamento jurídico alemão, passamos a analisar a compatibilidade entre o sopesamento e o caráter de trunfo dos direitos fundamentais. Essa discussão mostra-se necessária, porque suscita diversos questionamentos. Muitos deles interferem na liberdade de expressão e nos níveis de

¹⁸⁵ *BVerfG*, 1 BvR 2150/08

¹⁸⁶ BADURA, Peter. *Staatsrecht: Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*. 5.Auf. München: C.H. Beck, 2012. p. 204

¹⁸⁷ “*Sie [die Meinungen] fallen stets in den Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG, ohne dass es dabei darauf ankäme, ob sie sich als wahr oder unwahr erweisen, ob sie begründet oder grundlos, emotional oder rational sind, oder ob sie als wertvoll oder wertlos, gefährlich oder harmlos eingeschätzt werden (vgl. BVerfGE 90, 241 <247>; 124, 300 <320>). Sie verlieren diesen Schutz auch dann nicht, wenn sie scharf und überzogen geäußert werden.*” (BVerfGE 124, 300 (320)). No mesmo sentido: BVerfGE 65, 1 (41); 90, 241 (247); 93, 266 (289).

intensidade do controle judicial sobre leis que limitam direitos fundamentais.

Parte III – Os direitos como trunfos e o sopesamento: reconciliando o irreconciliável?

1) Considerações iniciais

Parece haver um pressuposto generalizado entre os que defendem o sopesamento (*Abwägung; balancing*) de que ele seria incompatível com a ideia dos direitos como trunfos (*rights as trumps*). Argumenta-se que interesses públicos e direitos fundamentais devem ser sopesados sem qualquer tipo de ordenação lexical ou prioridade preestabelecida.¹⁸⁸ O objetivo desta Parte III é mostrar que o caráter de trunfo dos direitos fundamentais e o sopesamento não apenas são compatíveis, mas também complementares. Esta Parte III mostrará – espera-se – não apenas que é viável conceber uma teoria de direitos fundamentais que harmonize o caráter de trunfo dos direitos fundamentais e o sopesamento, mas também que esse tipo de abordagem é preferível, por ser mais plausível.

¹⁸⁸ cf., e.g., ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002. pp. 67-8, 80ss., 397ss.; AFONSO DA SILVA, Virgílio. ‘Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision’ (2011) 31 *Oxford Journal of Legal Studies*, 273–301, 282; RIVERS, Julian. ‘Translator’s Introduction’, in ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. xviii. AFONSO DA SILVA, por exemplo, diz que: “Ao decidir tais casos por meio do sopesamento de direitos, os tribunais devem necessariamente levar em consideração as possibilidades fáticas e jurídicas de cada caso concreto, o que significa que dois direitos iguais podem ser classificados de maneiras opostas em dois casos diferentes. O caráter de trunfo dos direitos fundamentais (*trumping*) ou relações similares não poderão desempenhar nenhum papel neste caso” (ibid 282). Ele acrescenta que “(...) sempre que um argumento baseado em uma relação de trunfos entra em questão, o sopesamento ou a atribuição de pesos sai de cena” (ibid 282, n.r. 44).

Esta Parte III subdivide-se da forma que se segue. Em primeiro lugar, a tese de DWORKIN sobre o conceito de trunfos foi brevemente analisada (Seção 2). Em seguida, busca-se mostrar por que os trunfos possuem exceções, mesmo que de acordo com a visão de DWORKIN. Conquanto possam eventualmente parecer absolutos, nenhum trunfo é um trunfo de ás (ou seja, invencível ou insuperável) (Seção 3). Depois disso, apresenta-se um panorama bastante abrangente do conceito de sopesamento (*balancing*), além de uma breve contra-argumentação de algumas das críticas que lhe são feitas comumente (Seção 4). Então, tenta-se demonstrar que o caráter de trunfo dos direitos fundamentais e o sopesamento não apenas são compatíveis, como também complementares (Seção 5). Esclarecem-se, em parte, as importantes relações estabelecidas entre trunfos, promessas, razões excludentes e direitos fundamentais (Seção 6). Além disso, pretende-se comprovar quão importante é a diferença entre as teorias externa e interna para explicar os trunfos e os direitos fundamentais (Seção 7). DWORKIN pressupõe que os trunfos são conceitos muito claros e bem definidos. Mostramos como isso pode ser uma falha bastante séria da teoria de DWORKIN, intimamente associada à sua visão do Direito como integridade (*Law as integrity*) (Seção 8). Então, alguns refinamentos na relação de compatibilidade entre o caráter de trunfo dos direitos fundamentais e o sopesamento são apresentados, incluindo a noção de promessas e motivos excludentes, e a importância dos interesses públicos no sopesamento (Seção 9). Por fim, defende-se a visão de que o sopesamento pode ajudar a resguardar suficientemente os direitos fundamentais, e que isso é, de muitas

maneiras, similar à lógica formal. A semelhança refere-se à confiabilidade dos resultados do sopesamento (assim como os da lógica formal) depender, em última instância, da veracidade das premissas adotadas (Seção 10). A última seção apresenta as conclusões preliminares desta Parte III (Seção 11).

2) O que são trunfos? A tese de Dworkin

Em *Taking Rights Seriously*, RONALD DWORKIN desenvolve a noção de direitos como trunfos. Sua ideia central é que existem alguns direitos morais contra o Estado. De acordo com DWORKIN, nem todos os direitos fundamentais representam esses direitos morais, “(...) mas aqueles direitos constitucionais que chamamos de fundamentais, como o direito à liberdade de expressão, deveriam representar direitos contra o Governo em um sentido robusto; essa é a expressão máxima de que o nosso sistema jurídico respeita os direitos fundamentais do cidadão.”¹⁸⁹

Isso significa que o Estado estaria errado em afastar esses direitos fundamentais, mesmo que fossem persuadidos de que a maioria da população estaria melhor dessa maneira.¹⁹⁰ Alguns interesses dos indivíduos são tão importantes que seria errado para a comunidade “(...) sacrificar esses interesses apenas para assegurar um benefício geral.”¹⁹¹ Alguns direitos, que podem ser chamados de direitos políticos ou fundamentais,

¹⁸⁹ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977. p. 191

¹⁹⁰ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977. p. 191

¹⁹¹ DWORKIN, Ronald. *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate*. Princeton: Princeton University Press, 2006. p. 31

“delimitam e protegem” esses importantes interesses individuais. Tal direito “(...) é um trunfo sobre o tipo de argumento de troca de vantagens (*trade-off*) que normalmente justifica a ação política.”¹⁹²

A intuição moral por trás dessa visão parece ser a de que algumas liberdades individuais são tão importantes que não podem ser simplesmente desconsideradas com base nas consequências, mesmo que a maioria concorde com que isso seja feito. Estamos, portanto, a falar sobre uma forma de “prioridade do certo sobre o bom”¹⁹³. É por isso que “(...) um direito contra o Governo deve ser um direito de se fazer algo mesmo quando a maioria pensa que seria errado fazê-lo, e mesmo quando a maioria se sairia pior por isso ter sido feito.”¹⁹⁴

De acordo com DWORKIN, o “(...) sopesamento” (*balancing*) é apropriado somente “(...) quando o Governo deve escolher entre reivindicações conflitantes de direitos – entre o direito de liberdade de associação reivindicado pelos sulistas norte-americanos, por exemplo, e o direito a uma educação igualitária reivindicado pelo homem negro.”¹⁹⁵ Em tal caso, o Estado “(...) nada pode fazer senão estimar os méritos das reivindicações conflitantes e agir de acordo com suas

¹⁹² DWORKIN, Ronald. *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate*. Princeton: Princeton University Press, 2006. p. 31

¹⁹³ cf. RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993. pp. 173ss.

¹⁹⁴ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977. p. 194

¹⁹⁵ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977. p. 199

estimativas.”¹⁹⁶ DWORKIN rejeita a noção de que governos ou maiorias possuam direitos, mas concorda que existam “(...) direitos pessoais de membros de uma maioria.”¹⁹⁷

Sob essa perspectiva, “(...) direitos individuais reconhecidos pela nossa sociedade comumente entram em conflito.”¹⁹⁸ Isso ocorre, por exemplo, quando conflitam o direito a não ser difamado e o direito à liberdade de expressão. Em tais casos, “(...) se o Governo fizer a escolha correta, e proteger o mais importante ao custo do menos importante, então este não enfraqueceu ou desmereceu a noção de um direito; ao contrário, tê-lo-ia feito caso deixasse de proteger o mais importante dentre os dois.”¹⁹⁹

O problema aqui, evidentemente, é qual seria, afinal, a escolha correta. A argumentação de DWORKIN não fornece uma resposta a essa pergunta. Isso só pode ser obtido de forma plausível através do sopesamento, como se indicará nas Seções 4, 5 e 9, desta Parte III, *infra*.

Em *Justice for Hedgehogs*, o último livro de DWORKIN publicado em vida, o autor mantém suas ideias principais,²⁰⁰ ao

¹⁹⁶ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977. p. 199

¹⁹⁷ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977. p. 194

¹⁹⁸ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977. p. 193

¹⁹⁹ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977. p. 194

²⁰⁰ Não se contesta que a teoria de direitos de DWORKIN tenha mudado consideravelmente ao longo dos anos. Acredita-se, porém, que essa teoria manteve algumas ideias básicas e, se isso procede, é suficiente para a análise que se deseja desenvolver. Uma análise pormenorizada da teoria de direitos de DWORKIN está além

afirmar que “(...) a política normalmente é justificada se, por exemplo, for tornar a comunidade mais segura através da redução de crimes violentos: essa é uma boa justificativa, *ceteris paribus*, para aumentar os impostos com o objetivo de pagar por mais policiais.”²⁰¹

Por outro lado, característico dos trunfos, conforme DWORKIN, é precisamente o fato de que eles não podem ser medidos. Se a relevância de direitos fundamentais puder ser medida sempre que um novo cenário fático se apresentar, em grau de paridade com qualquer outro interesse social, então o sopesamento “(...) é uma confusão que ameaça destruir o conceito de direitos individuais.”²⁰² Para DWORKIN, o sopesamento seria uma confusão, porquanto teoricamente envolve, a um só tempo, os direitos conflitantes do indivíduo e as demandas da sociedade,²⁰³ o que significa que, em derradeira instância, se fundamentaria sobre um equívoco.

Os trunfos são direitos em um sentido forte, que só pode ser empregado para alguns direitos individuais e fundamentais contra o Estado, mas não para interesses sociais e coletivos. Em outras palavras, uma vez que se estabelece certa prioridade em favor de um direito e o Estado define-o como

da devida abrangência deste trabalho, mas pode ser encontrada em: YOWELL, Paul. ‘A Critical Examination of Dworkin’s Theory of Rights’ (2001) 52 *American Journal of Jurisprudence*, 93–137, 93ss.

²⁰¹ DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011. p. 329

²⁰² DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977. p. 197-8

²⁰³ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977. p. 197-8

fundamental, a sociedade deve assumir os custos coletivos resultantes disso.²⁰⁴

Nesse contexto, “(...) não pode servir como argumento para a restrição de um direito, uma vez que ele foi concedido, a simples consideração de que a sociedade pagaria um preço maior por aplicá-lo.”²⁰⁵ É necessário que haja algo de especial quanto ao custo que motiva a restrição ou limitação de um direito fundamental “(...) ou deve haver algum outro elemento do caso, que torne sensato dizer que, embora um grande custo social esteja assegurado para proteger o direito original, esse custo particular não é necessário.”²⁰⁶

A questão que aparenta emergir é: que exceções seriam aceitáveis pelo caráter de trunfo dos direitos fundamentais? Em outras palavras, que justificações possíveis, se existentes, poderiam respaldar a restrição ou limitação de um trunfo?

3) Os trunfos e suas exceções: nenhum trunfo é um trunfo de ás (ou seja, invencível ou insuperável)

Embora um direito fundamental prevaleça (*trumps*) sobre a maioria das considerações consequencialistas ou sobre o bem estar social, isso não significa, de acordo com o próprio DWORKIN, “(...) que o Estado nunca terá justificativa para afastar

²⁰⁴ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977. p. 198

²⁰⁵ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977. p. 200

²⁰⁶ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977. p. 200

esse direito.”²⁰⁷ Pode-se dizer, por exemplo, que o Estado se encontra autorizado a afastar o direito à liberdade de expressão, “(...) quando isso for necessário para proteger os direitos de outros, ou prevenir uma catástrofe, ou ainda para obter um claro benefício maior (embora, se esta última hipótese fosse reconhecida como uma justificativa possível, o Governo não estaria tratando o direito em questão como algo de extrema importância ou fundamental). O que não é aceitável é dizer que o Governo tem justificativa para anular um direito com base no argumento mínimo que seria suficiente caso tal direito não existisse.”²⁰⁸

Em *Taking Rights Seriously*, DWORKIN menciona “(...) os únicos três tipos de fundamentos que podem ser usados consistentemente para limitar a definição de um direito em particular.” O Estado pode mostrar, por exemplo, que (1) os valores protegidos pelo direito original não estão, de fato, em risco, ou que eles estão em risco de forma atenuada.²⁰⁹ Também se poderia argumentar que (2) “(...) se o direito tivesse tal definição, então o custo para a sociedade não seria simplesmente incremental, mas de um grau muito além do custo pago para garantir o direito original, um grau alto o suficiente para justificar

²⁰⁷ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977. p. 191

²⁰⁸ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977. pp. 191-2

²⁰⁹ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977. p. 200

quaisquer ataques à dignidade ou igualdade que possam estar envolvidos.”²¹⁰

De acordo com JÜRGEN HABERMAS, mesmo que seja razoável afirmar que a dignidade humana normalmente prevalece sobre outros direitos, essa prevalência não é absoluta. Existem situações inevitáveis em que esta será, ao menos parcialmente, derrotada.²¹¹

A questão que surge aqui é como um juiz ou o Estado pode decidir entre reivindicações conflitantes de direito? Como determinar se algo é, ou não, uma exceção a um trunfo instituído? Como este trabalho tentará mostrar, a resposta a essa questão fornece-nos um motivo para que o caráter de trunfo dos direitos fundamentais (*trumping*) e o sopesamento (*balancing*) sejam compatíveis.

A noção de direitos fundamentais como trunfos sugere que tais direitos não estão totalmente à disposição do legislador ordinário. Isso faz sentido, sobretudo, em países como França, Alemanha, Portugal, Espanha ou Estados Unidos, onde a Constituição é um documento formal e solene, colocado acima de quaisquer outras normas e leis, e que somente pode ser alterado através de um complexo processo legislativo.

²¹⁰ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977. p. 200

²¹¹ HABERMAS, Jürgen. ‘The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights’ (2010) 41 *Metaphilosophy*, 462–480, 464, 466, 470; Para outra defesa dessa visão, com exemplos de diferentes partes do mundo, cf. BARROSO, Luís Roberto. ‘Here, There, and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse’ (2012) 35 *Boston College International and Comparative Law Review*, 331–393, 354.

Por outro lado, como é possível descobrir o que não se encontra à disposição do legislador ordinário? O que pode ser importante o suficiente para prevalecer sobre o bem estar da maior parte da sociedade e de seus interesses utilitaristas e agregativos? Ainda que aceitemos que tais direitos fundamentais existem e que são importantes o suficiente para preponderar sobre considerações coletivas, ainda não definimos que direitos são esses e quais são suas exceções.

4) Refutando algumas críticas contra o sopesamento

Alguns acreditam que a proporcionalidade seja a ferramenta mais adequada para analisar se uma determinada limitação a direito fundamental é, ou não, admissível. A proporcionalidade envolve pelo menos três etapas, sendo as duas primeiras adequação e necessidade.²¹² Explicar essas duas primeiras está além da devida abrangência deste trabalho, mas é relevante mencionar que a maioria das limitações de direitos

²¹² A divisão em três etapas é a mais tradicional e difundida. Entretanto, já há algum tempo, parte da doutrina passou a dividir a máxima da proporcionalidade em cinco etapas. Segundo essa proposta, a primeira etapa consistiria em avaliar a legitimidade do objetivo perseguido pelo Estado. Seriam excluídos, de antemão, os propósitos ou fins vedados pela Constituição. Nesses casos, nem se passa às outras etapas de aferição. Sobre a máxima da proporcionalidade e suas cinco etapas, cf. KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. ‘Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Ein Strukturelement des globalen Konstitutionalismus’ (2014) 54 *JuS*, 193–199 [trad. port. KLATT, Matthias. ‘A máxima da proporcionalidade: um elemento estrutural do Constitucionalismo global’ (trad. João Costa Neto) (2014) 7 *Observatório da Jurisdição Constitucional* 23–41].

fundamentais passará pelas duas primeiras etapas de aferição. Em muitos casos, tudo depende da terceira fase.²¹³

O sopesamento é o terceiro passo da proporcionalidade, sendo também chamado, de proporcionalidade *stricto sensu*. O sopesamento envolve três etapas. Primeiro, o grau com que determinado direito é infringido deve ser analisado. Em segundo lugar, a importância de se satisfazer um princípio conflitante é estabelecida. Por fim, deve-se decidir se a importância do cumprimento do princípio conflitante justifica, ou não, a violação do direito envolvido.²¹⁴

A ideia de sopesamento pode ser expressada com exatidão segundo os termos da primeira lei do sopesamento de ALEXY:

Quanto maior o grau de não satisfação ou de detrimento de um princípio, maior a importância de se satisfazer o outro princípio.²¹⁵

Nesses termos, fica evidente que o sopesamento impõe às autoridades estatais o ônus de justificar a limitação de um direito fundamental em termos da razão pública. Em outras

²¹³ SIECKMANN, Jan. 'Probleme der Prinzipientheorie der Grundrechte', in CLÉRICO, Laura; SIECKMANN, Jan. *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtslehre Robert Alexys*. Baden-Baden: Nomos, 2009. pp. 47ss.

²¹⁴ KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012. pp. 10, 57

²¹⁵ ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 102

palavras, o sopesamento fornece uma estrutura para a avaliação das razões públicas.²¹⁶

Um dos raciocínios por trás do sopesamento é intuitivo. É possível argumentar, por exemplo, que uma medida estatal é, em princípio, constitucional. Porém, esse entendimento pode não se sustentar diante de uma análise mais detida, em razão de a medida ser indiscriminada e excessivamente abrangente. Suponhamos que a medida estatal em questão não preveja instrumentos para coibir abusos por parte do poder público.

Dessa forma, não há limites claros e consideráveis sobre como se dará a atuação dos agentes públicos. Uma vez abertas as portas para a atuação estatal nesse âmbito, não será possível controlar o que entra e o que sai, o que é admitido e o que não o é. Metaforicamente, é o mesmo que ocorre com as comportas de uma represa: uma vez abertas, a água entra de maneira descontrolada e indiscriminada; não é possível monitorar exatamente o que é permitido e o que não é. Tampouco há formas de impedir que ações ilegais “peguem carona” naquilo que está legalmente autorizado.

Uma medida do poder público instituída por lei pode ser adequada e necessária, e ainda possuir boas intenções; mas ela será inconstitucional, por exemplo, se puder ser facilmente desvirtuada para fins inconstitucionais. Ingerências sobre direitos fundamentais devem ser confeccionadas de maneira meticulosa,

²¹⁶ KUMM, Mattias. ‘The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review’ (2010) 4 *Law and Ethics of Human Rights*, 142–175, 150.

evitando-se a criação de brechas a serem usadas indevidamente. Do contrário, teremos um verdadeiro efeito dominó: a aceitação de certos limites – devidamente justificados – fatalmente descambará para arbitrariedades indesejadas, as quais só surgiram por causa dos limites ou exceções inicialmente criados.

O legislador deve encontrar um equilíbrio equitativo entre o objetivo coletivo perseguido e o direito fundamental que sofre ingerência legal. As fases da adequação e necessidade, por si sós, geralmente não obstam que a perseguição de um objetivo ocorra de maneira muito abrangente ou indiscriminada. Isso porque o caráter indiscriminado fornece um alto grau de eficiência à medida. Dificilmente haverá um meio menos oneroso ao direito fundamental que promova o objetivo com a mesma eficácia. O sopesamento ganha, pois, relevância.

É por isso que ingerências sobre direitos fundamentais – inclusive aquelas que, em princípio, são material e formalmente constitucionais – devem preencher um requisito adicional: essas ingerências devem servir, específica e estritamente, às suas finalidades. Esse requisito é corolário da própria ideia de direito fundamental; do contrário, a restrição ao direito fundamental seria a regra, e não a exceção. Para que a garantia dos direitos fundamentais não se esvazie completamente, é necessário que eventuais limitações ao âmbito de proteção sejam estreitamente delimitadas; além disso, é preciso que os limites ao direito fundamental sejam suficientemente claros, e que a respectiva lei restritiva crie mecanismos que impeçam as exceções legais de proporcionar abusos e arbitrariedades.

Por razões análogas, as limitações aos direitos fundamentais não podem ser como a comporta de uma represa; devem ser, na verdade, como uma porta bem estreita, que só permite entrar o que foi submetido a um escrutínio pormenorizado. É necessário fiscalizar cuidadosamente as limitações aos direitos fundamentais. Se a lei não traz instrumentos para isso, ela não satisfaz os requisitos impostos pela Constituição.

O legislador ordinário limita direitos fundamentais das mais diversas maneiras; trata-se de uma prerrogativa sua. Mas a constitucionalidade dessas limitações depende de elas não se banalizarem; e de não poderem ser facilmente trivializadas. Nem sempre é evidente, se os limites passaram, ou não, do justo equilíbrio exigido constitucionalmente.

Um dos argumentos constantemente usados contra o sopesamento é que ele não oferece nenhum processo matemático ou algorítmico de adjudicação dos direitos fundamentais. Esse é precisamente o caso; de fato, não se oferece processo matemático ou algorítmico. Mas é difícil compreender por que isso deva ser considerado uma crítica ao sopesamento.

GRÉGOIRE C. N. WEBBER, por exemplo, objeta que o sopesamento tenta fugir de “questões morais e políticas”, como se as decisões sobre direitos fundamentais pudessem ser feitas meramente analisando o peso dos interesses envolvidos.²¹⁷ Ele também declara que o sopesamento não fornece respostas

²¹⁷ WEBBER, Grégoire C. N. *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 105.

categóricas,²¹⁸ desconstitui direitos,²¹⁹ e faz-nos “perder qualquer senso de certeza.”²²⁰ Uma contra-argumentação dessa tese está além da abrangência adequada a este trabalho. Contudo, alguns esclarecimentos devem ser feitos sobre a questão.

Primeiramente, pode-se facilmente perceber que o sopesamento não envolve uma “(...) argumentação livre de julgamentos de valores, puramente lógica e imune a quaisquer influências subjetivas e quaisquer considerações morais.”²²¹ Além disso, conforme ressaltado por VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA:

A crença de que o sopesamento, assim como o princípio da proporcionalidade, torna ‘o processo de revisão um exercício relativamente objetivo de argumentação lógica ou silogística’ ou de que os pontos de vista ‘nunca entram em cena’, é uma abordagem bastante ingênua.²²²

A ausência de objetividade absoluta não prejudica o sopesamento de forma alguma. Dizer que o sopesamento não tem precisão matemática,²²³ algo que se poderia considerar impossível

²¹⁸ WEBBER, Grégoire C. N. *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*. New York: Cambridge University Press, 2009. pp. 110ss.

²¹⁹ WEBBER, Grégoire C. N. *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*. New York: Cambridge University Press, 2009. pp. 100ss.

²²⁰ WEBBER, Grégoire C. N. *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 103

²²¹ AFONSO DA SILVA, Virgílio. ‘Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision’ (2011) 31 *Oxford Journal of Legal Studies*, 273–301, 288.

²²² AFONSO DA SILVA, Virgílio. ‘Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision’ (2011) 31 *Oxford Journal of Legal Studies*, 273–301, 288.

²²³ TSAKYRAKIS, Stavros. ‘Proportionality: An Assault on Human Rights?’ (2009) 7 *International Journal of Constitutional Law*, 468–93, 469, 472, 474; Quanto a essa crítica, cf. AFONSO DA SILVA, Virgílio. ‘Comparing the Incommensurable:

na argumentação jurídica, não é uma crítica significativa. É claro que não possui precisão matemática ou silogística, e nem mesmo possui a pretensão de tê-la²²⁴, mas essa falta de precisão não impede o sopesamento de ser um recurso útil e plausível.

Em segundo lugar, a falta de uma medida uniforme e inconcussa²²⁵ de dedução lógica ou precisão matemática não torna o sopesamento algo irracional. Isso acontece principalmente, porque as principais vantagens do sopesamento, consoante epitomadas por MATTHIAS JESTAEDT²²⁶, são: (1) contribuir para a racionalização dos argumentos; (2) alocar ônus de argumentação; (3) assegurar a justiça e a exatidão do caso específico; (4) explicar consistentemente a casuística dos direitos fundamentais. Essas quatro vantagens de nenhuma forma se relacionam ou se subordinam a uma forma de precisão matemática ou à adoção de uma medida uniforme. Além disso, como demonstrado consistentemente por VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, dois valores incomensuráveis (ou seja, que não podem ser reduzidos a uma medida única ou escala uniforme) podem ser comparados um com o outro.²²⁷

Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision’ (2011) 31 *Oxford Journal of Legal Studies*, 273–301, 288, n.r. 77.

²²⁴ ALENIKOFF, Alexander. ‘Constitutional Law in the Age of Balancing’ (1987) 96 *Yale Law Journal*, 943–1005, 1003.

²²⁵ WEBBER, Grégoire C. N. *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*. New York: Cambridge University Press, 2009. pp. 89ss.

²²⁶ JESTAEDT, Matthias. ‘The Doctrine of Balancing: Strengths and Weaknesses’ in KLATT, Matthias. *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012. pp. 157-8

²²⁷ cf. AFONSO DA SILVA, Virgílio. ‘Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision’ (2011) 31 *Oxford Journal of Legal Studies*, 273–301.

É possível opor-se ao sopesamento questionando e atacando as bases da legitimidade da Jurisdição Constitucional como um todo. Porém, se tal abordagem for rejeitada, o sopesamento é quase que inevitável racionalmente. Ele pode ser passível de erros e pode levar a resultados distintos, mas isso não significa que não seja a opção mais racional disponível.²²⁸

Como disse BERNHARD SCHLINK, “(...) a maioria dos tribunais reivindicam o direito de controlar o sopesamento do legislativo e substituí-lo com seu próprio sopesamento (...) alguns tribunais sentem esse ímpeto mais frequentemente que outros.”²²⁹ Mas esse argumento obriga-nos a questionar a Jurisdição Constitucional e o controle de constitucionalidade em geral.

Mesmo supondo, por exemplo, que um Tribunal Constitucional deva adotar uma espécie de *minimum core approach* (abordagem do núcleo mínimo) ao adjudicar sobre os direitos fundamentais, a objeção de SCHLINK permanece. Se defendermos que os Tribunais devem limitar sua atuação à preservação de um parâmetro mínimo quanto aos direitos fundamentais, isso ainda significa que o sopesamento de fins e meios estabelecido pelo legislador será substituído por um

²²⁸ AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Grundrechte und gesetzgeberische Spielraum*. Baden-Baden: Nomos, 2003. p. 87

²²⁹ SCHLINK, Bernhard. ‘Proportionality in Constitutional Law: Why everywhere but here?’ (2012) 22 *Duke Journal of Comparative and International Law*, 291–302, 300-1. Para uma crítica geral da ideia de direitos fundamentais como mandamentos de otimização, cf. CAMILO DE OLIVEIRA, Renata. *Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik: Beitrag zu einem liberalen Grundrechtsverständnis im demokratischen Rechtsstaat*. Berlin: Duncker & Humblot, 2013; SCHLINK, Bernhard. ‘Grundrechte als Prinzipien’ (1992) 39 *Osaka University Law Review*, 41–58.

sopesamento estabelecido por um corpo não-eleito de juizes.²³⁰ A *abordagem do núcleo mínimo* é irracional, pois: ou o mínimo será extremamente reduzido e, portanto, oferecerá uma proteção jusfundamental de somenos monta e relevância; ou ele não será tão reduzido assim, o que tornará impossível cumprir a Constituição diante da primeira crise ou dilema que surgir, levando a uma relativização da proteção dita absoluta.

É preciso compreender que existem limitações bastante leves a direitos fundamentais que são inconstitucionais; assim como existem limitações bastante intensas que são constitucionais.²³¹ ²³² O *minimum core approach* não oferece respostas suficientemente convincentes para esse tipo de perplexidade. Ao contrário, o *minimum core approach* lança-nos em uma situação de aporia em tais casos.

Em outras palavras, uma vez que a jurisdição constitucional é aceita, o sopesamento torna-se inevitável, em escala menor ou maior.²³³ É necessário, entretanto, usá-lo de

²³⁰ AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Grundrechte und gesetzgeberische Spielraum*. Baden-Baden: Nomos, 2003. pp. 85-6

²³¹ AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. 2ªed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 106

²³² cf. Parte IV, Seção 3, *infra*.

²³³ Por motivos que ora não podem ser esmiuçados, a perspectiva que defendemos parece incompatível com aquela adotada por ALON HAREL. Segundo este autor, a Jurisdição Constitucional justifica-se intrinsecamente; e não instrumentalmente. Seu alicerce seria o direito do cidadão a uma oitiva; e não a aptidão de Tribunais Constitucionais garantirem de maneira mais efetiva os direitos fundamentais. A proposta de HAREL parece excluir a possibilidade de diferentes graus de margem de conformação do legislador, pois a base da *judicial review* seria predominantemente adjudicatória. Enfatiza-se, portanto, o direito de um cidadão específico questionar uma certa violação de direito. Esse direito seria melhor garantido por um tribunal que lhe dá ouvidos por meio de regras procedimentais claras e justas, algo que o legislador,

maneira transparente e adequada. Nas Seções seguintes desta Parte III, tentar-se-á mostrar que a adoção do sopesamento na adjudicação de direitos fundamentais não significa desconsiderar totalmente os interesses públicos. O simples fato de os direitos fundamentais entrarem em questão não anula pretensões coletivas fundadas no interesse da sociedade. Contudo, também não nos obriga a abrir mão da noção de direitos como trunfos.

5) A compatibilidade entre trunfos e sopesamento

Conforme se tentou mostrar nas Seções 2 e 3 desta Parte III, *supra*, nem mesmo DWORKIN – que tem na ideia dos direitos como trunfos um verdadeiro *Leitmotiv* – entende que os direitos fundamentais sejam absolutos. Os trunfos admitem exceções, o que os torna direitos relativos.²³⁴

Se os trunfos admitem exceções e se for possível demonstrar que o sopesamento é um recurso plausível para ajudar a desempenhar a difícil missão de descobrir que exceções

segundo HAREL, não poderia oferecer. Duvidamos de que o direito a uma oitiva (*right to a hearing*) seja realmente tão relevante, a ponto de embasar intrinsecamente a *judicial review*. Conforme a proposta de HAREL, não existiriam matérias em que o legislador possui maior, ou menor, legitimidade para decidir do que o Tribunal Constitucional. Um modelo de controle de constitucionalidade consideravelmente abstrato, como o alemão ou mesmo o brasileiro, passaria, inclusive, a ser inadequado, se adotadas as premissas de HAREL. Por fim, conforme se verá na Seção 4 da Parte IV, *infra*, a aptidão do legislador para decidir varia segundo dois fatores: competência institucional e legitimidade democrática. Em alguns casos, o Tribunal Constitucional terá, sim, maior legitimidade para tomar decisões do que o legislador; e tal legitimidade decorrerá de fatores instrumentais, como competência institucional e legitimidade democrática. *Ad summam*, não podemos concordar com a proposta de HAREL. Acerca dela, cf. HAREL, Alon. *Why Law Matters*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

²³⁴ KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 29

seriam essas, então a ideia de direitos como trunfos e a do sopesamento não apenas são compatíveis, mas também complementares. Se essa tarefa for bem sucedida, não apenas o caráter de trunfo dos direitos fundamentais e o sopesamento poderão ser reconciliados, mas também precisarão mutuamente um do outro. Isso é precisamente o que se tentará mostrar nesta Seção 5.

Os direitos fundamentais estabelecem um parâmetro mais elevado: eles impõem ônus de argumentação e limitam o julgamento do legislador ordinário ou infraconstitucional. Isso significa que alguns interesses recebem certo grau de importância independentemente das consequências boas ou ruins que possam acarretar. Direitos fundamentais possuem, afinal, valor intrínseco.²³⁵ Portanto, uma vez que a sociedade estabelece que alguns direitos têm certa prioridade, isso significa que esses direitos só podem ser colocados de lado sob condições especiais.

Se o sopesamento colocasse os interesses públicos e os direitos fundamentais exatamente no mesmo nível, o Estado estaria livre para usar qualquer interesse público imaginável e, em parte, arbitrário, para justificar sua interferência sobre tais direitos. Isso prejudicaria verdadeiramente a capacidade de os direitos fundamentais terem sua proteção assegurada.²³⁶

A exigência de que um peso mais alto seja atribuído aos direitos fundamentais está baseada na ideia liberal de que

²³⁵ SIECKMANN, Jan. ‘Probleme der Prinzipientheorie der Grundrechte’, in CLÉRICO, Laura; SIECKMANN, Jan. *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtslehre Robert Alexys*. Baden-Baden: Nomos, 2009. p. 65

²³⁶ KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. ‘Verhältnismäßigkeit als universelles Verfassungsprinzip’ (2012) 51 *Der Staat*, 159–188, 162-3.

eles recebem certa prioridade sobre outros interesses ordinários. Afinal, a “(...) atribuição de um peso maior aos direitos fundamentais é intrínseca à exigência de uma enumeração de tais direitos.”²³⁷

Caso se argumente que esse *status* especial não está presente na obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, de ALEXY, uma vez que os interesses individuais e coletivos são colocados no mesmo patamar nessa obra²³⁸, a resposta a essa objeção deve ser que, embora isso seja verdade no modelo de ALEXY, isso não é verdade para qualquer teoria concebível de direitos fundamentais que inclua o sopesamento como método. Efetivamente, conforme demonstrou MATTHIAS KLATT, podemos, em uma teoria de direitos fundamentais, “(...) atribuir pesos abstratos mais altos a algumas liberdades consideradas mais básicas que outras liberdades.”²³⁹

Disso decorre que alguns direitos entram no processo de sopesamento com uma espécie de “margem de vitória” ou “vantagem prévia” (*winning margin*; *Abwägungsvorsprung*).²⁴⁰ Essa possibilidade “(...) estabeleceria uma ordenação lexical entre os princípios, que serviria de definição do conceito de pesos abstratos independentemente de quaisquer casos concretos.”²⁴¹

²³⁷ KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. ‘Verhältnismäßigkeit als universelles Verfassungsprinzip’ (2012) 51 *Der Staat*, 159–188, 163-4.

²³⁸ ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002. pp. 80-1

²³⁹ KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 28

²⁴⁰ KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 26

²⁴¹ KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 28

Portanto, a “(...) ideia de sopesamento ou ordenação lexical entre dois princípios pode, de fato, ser incorporada ao modelo de proporcionalidade através de pesos abstratos.”²⁴² Segundo essa visão, a questão “(...) deixa de ser se o caráter de trunfo ou de preponderância dos direitos fundamentais e o sopesamento oferecem a análise correta, e passa a ser qual seria o papel adequado dessa preponderância e da ordenação lexical dentro do modelo de sopesamento.”²⁴³

Não é incomum criticar-se o sopesamento por enfraquecer a força normativa dos direitos fundamentais. Se os direitos fundamentais garantidos constitucionalmente e os interesses sem fundamento constitucional forem sopesados em pé de igualdade, a proteção jusfundamental perde a sua primazia. Será, portanto, demasiadamente fácil subordinar os direitos fundamentais a interesses coletivos. Efetivamente, corre-se o risco de esvaziar-se a proteção jurídica oferecida pelos direitos fundamentais.²⁴⁴

Os direitos fundamentais poderiam, contínua e facilmente, ser colocados de lado por outros interesses; e, por conseguinte, perderiam efetividade. Este perigo pode, contudo, ser confrontado por meio dos pesos abstratos. É possível atribuir

²⁴² KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 64

²⁴³ KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 28

²⁴⁴ KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. ‘Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Ein Strukturelement des globalen Konstitutionalismus’ (2014) 54 *JuS*, 193–199, 198 [trad. port. KLATT, Matthias. ‘A máxima da proporcionalidade: um elemento estrutural do Constitucionalismo global’ (trad. João Costa Neto) (2014) 7 *Observatório da Jurisdição Constitucional* 23–41].

aos direitos fundamentais um peso abstrato mais elevado em face de interesses colidentes e, conseqüentemente, dar-lhes uma primazia ou preferência abstrata – isto é, uma vantagem prévia ou margem de vitória. Quanto maior for o peso abstrato atribuído ao direito fundamental, tanto maior será a probabilidade de ele sobrepor-se aos interesses coletivos colidentes.²⁴⁵

Esse modelo não garante uma resposta algorítmica; tampouco assegura que os direitos fundamentais nunca cederão a interesses coletivos. Sua vantagem, entretanto, consiste em aumentar consideravelmente a chance de os direitos fundamentais se sobreporem. Com isso, distribuem-se de maneira mais transparente os ônus argumentativos, que passam a pender mais claramente a favor dos direitos fundamentais.

Podemos concordar com MATTHIAS KLATT²⁴⁶ quando este diz que VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA se equivoca ao afirmar que o sopesamento sempre “(...) é feito entre alternativas concretas e não entre valores abstratos.”²⁴⁷ Isso só poderia ser verdade por definição, mas o sopesamento não exige que princípios distintos tenham o mesmo peso abstrato.²⁴⁸

²⁴⁵ KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. ‘Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Ein Strukturelement des globalen Konstitutionalismus’ (2014) 54 *JuS*, 193–199, 198 [trad. port. KLATT, Matthias. ‘A máxima da proporcionalidade: um elemento estrutural do Constitucionalismo global’ (trad. João Costa Neto) (2014) 7 *Observatório da Jurisdição Constitucional* 23–41].

²⁴⁶ KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012. pp. 28-9

²⁴⁷ AFONSO DA SILVA, Virgílio. ‘Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision’ (2011) 31 *Oxford Journal of Legal Studies*, 273–301, 286.

²⁴⁸ Sobre a suposta impossibilidade de sopesar-se em abstrato, cf. Parte IV, Seção 4, *infra*.

AFONSO DA SILVA acredita que valores incomensuráveis, incluindo os que ele chama de valores essenciais (*wesentliche Werte*), só podem ser comparados de forma concreta. Partindo dessa perspectiva, nenhum peso abstrato dado a valores conflitantes poderia ser usado em uma comparação ou, o que é ainda mais importante, em um processo de sopesamento.²⁴⁹

É possível comparar “jogar golfe” com “a vida”? E comparar “coleccionar insetos” com “amizade”? AFONSO DA SILVA diz que, baseados em suas dimensões abstratas, a resposta deve ser negativa.²⁵⁰ Eles são valores incomensuráveis que são ao mesmo tempo comparáveis, mas apenas de maneira concreta, e não abstrata.

Reconhecemos que talvez seja inviável comparar abstratamente “jogar golfe” com “a vida”, mas discordamos de que este seja o caso quando um conflito de direitos fundamentais está em questão. Não há motivo pelo qual pesos abstratos não possam ser atribuídos a valores ou direitos fundamentais. É, sim, possível compará-los de maneira abstrata. A chamada “posição privilegiada” (*preferred position*) da liberdade de expressão, na visão dos *Justices* WILLIAM O. DOUGLAS e HUGO BLACK, seria um exemplo disso.^{251 252}

²⁴⁹ AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Grundrechte und gesetzgeberische Spielraum*. Baden-Baden: Nomos, 2003. p. 177

²⁵⁰ AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Grundrechte und gesetzgeberische Spielraum*. Baden-Baden: Nomos, 2003. pp. 179ss.

²⁵¹ cf. *Murdock v. Pennsylvania*, 319 U.S. 105 (1943); Sobre as *preferred freedoms*, cf. KRIELE, Martin. ‘Grundrechte und demokratischer Gestaltungsspielraum’, in ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul. *Handbuch des Staatsrechts*. 2.Auf. Heidelberg: C.F. Müller, vol. V, 2000. pp. 109ss.

²⁵² Neste trabalho sobre as *preferred freedoms*, cf. Parte II, 1, “b”, *supra*.

Nenhum dos *Justices* achava que a liberdade de expressão tinha precedência, em todas as circunstâncias, sobre qualquer outro valor ou direito fundamental assegurado pelo *Bill of Rights*. Os *Justices* apenas acreditavam que as liberdades da primeira emenda da Constituição norte-americana, como é o caso da liberdade de expressão, tinham peso maior por si sós quando comparadas com outras liberdades, e que isso devia ser levado em consideração ao se decidirem disputas judiciais.

Nesse contexto, pode-se tomar de empréstimo a noção de “possibilidade natural”, a fim de contestar a visão de que o sopesamento só pode ser efetuado concretamente. Na lógica modal – aquele ramo da lógica que estuda os operadores de necessidade e possibilidade –, uma proposição é possível, se for verdadeira em ao menos um mundo possível. Mundos possíveis são cenários contrafactuais distintos, posto que análogos, do mundo atual ou efetivo em que vivemos. Do ponto de vista lógico, existem os mais variados mundos possíveis: cenários alternativos em que macacos falam, suínos voam e seres humanos correm dois quilômetros em um minuto.²⁵³ Tudo isso é possível *logicamente* (isto é, desde um ponto de vista puramente lógico).

Porém, todos esses cenários são inviáveis segundo as leis da física e da biologia. Por essa razão, a ideia de possibilidade tem sido aprimorada. Já se reconhece que existem possibilidades “locais”, “regionais” ou “contextuais”. A possibilidade lógica pressupõe apenas a observância das leis da lógica, de definições

²⁵³ PAPINEAU, David. *Philosophical Devices: Proofs, Probabilities and Sets*. Oxford: Oxford University Press, 2012. pp. 68-9

ou axiomas, e de propriedades essenciais dos objetos da linguagem.²⁵⁴

Assim, a *possibilidade natural* seria aquela que, além de cumprir os requisitos impostos pela lógica, conformar-se-ia adicionalmente com as leis da natureza. Se os mundos possíveis obedecerem também às leis da natureza, segundo compreendidas atualmente, já não incluiríamos no raciocínio mundos possíveis com suínos voadores.²⁵⁵

Analogamente à “possibilidade natural”, é possível falar de uma “possibilidade geográfica” (aquela que obedece às verdades amplamente aceitas da geografia), de uma “possibilidade médica” (que obedece às verdades amplamente aceitas da medicina), etc.²⁵⁶ *Mutatis mutandis*, podemos, portanto, utilizar o conceito de “possibilidade jurídica”, definido como o operador lógico dos mundos possíveis que se conformam com as leis da lógica e com as verdades amplamente aceitas no Direito. Ao que nos consta, não há trabalhos que desenvolvam a noção de “possibilidade jurídica” à luz das descobertas da lógica modal hodierna.²⁵⁷ Por outro lado, a expressão “possibilidade jurídica” parece ser normalmente usada de maneira vaga e pouco precisa, o que poderia ser refinado com o auxílio da lógica modal.

²⁵⁴ PAPINEAU, David. *Philosophical Devices: Proofs, Probabilities and Sets*. Oxford: Oxford University Press, 2012. pp. 68-9

²⁵⁵ PAPINEAU, David. *Philosophical Devices: Proofs, Probabilities and Sets*. Oxford: Oxford University Press, 2012. pp. 68-9

²⁵⁶ PAPINEAU, David. *Philosophical Devices: Proofs, Probabilities and Sets*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 69

²⁵⁷ Acerca da literatura atual sobre o tema e avanços recentes da área, cf., por todos, WILLIAMSON, Timothy. *Modal Logic as Metaphysics*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

No que se refere aos propósitos deste texto, basta concluir que não há qualquer verdade aceita, em geral, pelo Direito que obste a comparação abstrata entre liberdade de expressão e direito geral de liberdade, por exemplo. Uma comparação desse tipo não violaria princípios lógicos nem jurídicos, o que significa que é plenamente possível efetuar sopesamento também com base em pesos abstratos. Ou seja: a comparação abstrata entre direitos fundamentais é juridicamente possível, só podendo ser descartada por definição, com base em algum postulado apriorístico, o que configuraria uma petição de princípio e um argumento *ad hoc*.

A discussão sobre o sopesamento *in abstracto* será retomada adiante.²⁵⁸ Contudo, impõe-se adiantar que as duas principais razões que justificam a deferência ao legislador (legitimidade democrática e competência institucional) podem ser aferidas desde uma perspectiva consideravelmente abstrata, ainda que não necessariamente *sub specie aeternitatis*. Essa “considerável abstração” já autoriza uma comparação abstrata entre direitos fundamentais, assim como a criação de níveis ou estratos distintos de controle judicial e de deferência ao legislador, conforme se verá na Seção 4 da Parte IV, *infra*.

Na fórmula do peso ampliada (*erweiterte Gewichtsformel*), pode-se representar o peso abstrato de um princípio por meio da variável “W”²⁵⁹:

²⁵⁸ cf. Seção 4 da Parte IV, *infra*.

²⁵⁹ Sobre a fórmula do peso, cf., e.g., ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002. pp. 406ss.; KLATT, Matthias; SCHMIDT, Johannes. *Spielräume im Öffentlichen Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010. pp. 11ss.; KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of*

$$W_{i,j} = \frac{W_i \cdot I_i \cdot R_i}{W_j \cdot I_j \cdot R_j}$$

Sopesam-se acima dois princípios: “i” e “j”. Se o peso abstrato de ambos for idêntico, cancelar-se-ão mutuamente na equação. Nesse caso, a variável “W” passa a ser dispensável, e o peso concreto “I” desempenhará papel decisivo. Por outro lado, a variável “R” reflete a confiabilidade das premissas epistêmicas e normativas do sopesamento. A variável “R” poderá, pois, desdobrar-se, dando lugar à fórmula do peso completa (*vollständige Gewichtsformel*):

$$W_{i,j} = \frac{W_i \cdot I_i \cdot R_i^e \cdot R_i^n}{W_j \cdot I_j \cdot R_j^e \cdot R_j^n}$$

“ R_i^e ” e “ R_i^n ” denotam, respectivamente, os graus de confiabilidade das premissas epistêmicas e normativas do princípio “i”. As premissas poderão ser *certas*, *plausíveis* ou *não evidentemente falsas*, correspondendo, respectivamente, aos valores numéricos 1,0, 0,5 e 0,25. Já a variável “ I_i ” espelha a intensidade de interferência sobre o princípio “i”, enquanto “ I_j ” simboliza o peso da satisfação do princípio “j”. Na escala triádica, a variável “I” possui três diferentes pesos: *leve* corresponde ao valor numérico 1; *médio*, a 2; e *sério*, a 4. $W_{i,j}$ representa o valor,

Proportionality. Oxford: Oxford University Press, 2012. pp. 117ss.; KLATT, Matthias. *Die praktische Konkordanz von Kompetenzen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014. pp. 212ss.; KLEIBER, Michael. *Der grundrechtliche Schutz künftiger Generationen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014. pp. 97ss.

sob certas circunstâncias fáticas e jurídicas, do princípio “i” em relação ao princípio colidente “j”.

Se ao final o resultado da equação ($W_{i,j}$) for superior a 1, o princípio “i” preponderará sobre “j”. Se o resultado for menor que 1, “j” terá precedência sobre “i”. Se a equação totalizar exatamente 1, surgirá um impasse (*Patt*), reconhecendo-se margem de conformação estrutural ao legislador.

Considere-se o caso de um periódico que publique charges de figuras religiosas. As autoridades públicas desejam, por meio de lei, proibir a publicação das charges, sob o argumento de que colidem com o princípio da liberdade religiosa. Ademais, sustenta-se que ameaçam a segurança pública, porquanto poderão suscitar protestos violentos e generalizados.

Para fins de simplificação, coloquemos os bens jurídico-constitucionais da liberdade religiosa e da preservação da ordem pública sob uma mesma rubrica: princípio “j”. Evitaremos, assim, o sopesamento de múltiplos bens jurídico-constitucionais ao mesmo tempo, já que as relações jusfundamentais multipolares (*mehrpilige Grundrechtsverhältnisse*) ainda posam desafios aos estudiosos do sopesamento.²⁶⁰ O princípio “i” equivalerá à liberdade de expressão.

Igualmente para fins de simplificação, suponhamos que todas as etapas de aferição da proporcionalidade foram satisfeitas. Resta apenas o sopesamento, ou proporcionalidade *stricto sensu*, para sabermos se a medida é, ou não, proporcional.

²⁶⁰ ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 409, n.r. 64

As charges veiculam conteúdo político, visto que criticam crenças ou ideologias religiosas. Tratando-se de discurso político, devemos, portanto, atribuir peso abstrato elevado ao direito fundamental em questão (isto é, 4), conforme visto na Seção 4 da Parte I, *supra*. Existem argumentos deontológicos e consequentialistas nesse sentido.

A liberdade religiosa e a ordem pública não parecem possuir peso abstrato elevado. A ordem pública em si, por exemplo, possui peso abstrato leve, o que corresponde a 1. Porém, é plausível atribuir peso médio à liberdade religiosa (isto é, 2), já que se trata de direito fundamental particularmente relevante, ainda que não tanto quanto a liberdade de expressão. Seu peso difere da liberdade de expressão, por não existirem nem razões estruturoconstitucionais, nem endoconstitucionais para robustecer seu peso abstrato.²⁶¹

No que se refere ao peso concreto, deve-se perquirir acerca do grau de intensidade sobre “i” e acerca do peso da satisfação de “j”. A proibição das charges impedirá os leitores de terem acesso às críticas. Não se trata, porém, de uma informação vital para o público e para a formação da opinião pública. Teríamos cenário diverso, se se tratasse da revelação de documentos que expõem esquema de corrupção no governo, por exemplo. O periódico certamente sofrerá aborrecimentos e suas vendas talvez diminuam, mas o prejuízo restringe-se a um único veículo de comunicação. Nenhum jornalista será punido ou sancionado, de modo que não se aplica o efeito resfriador ou

²⁶¹ Sobre as razões estruturo- e endoconstitucionais, cf. Parte IV, Seção 4, item “b”, *infra*.

intimidatório.²⁶² Parece razoável, portanto, atribuir peso concreto médio à limitação feita em lei (isto é, 2).

As autoridades supõem que haverá manifestações violentas e generalizadas contra as charges. Trata-se da premissa fática de que parte o legislador. Logo, o peso concreto do princípio “j” corresponde a *sério* (isto é, 4). Afinal, o Estado alega que salvará vidas e protegerá o patrimônio dos cidadãos por meio da lei restritiva. As autoridades sustentam que muitas propriedades deixarão de serem depredadas e que várias pessoas sobreviverão por causa da lei. Alegam, ainda, que o atual contingente policial não é suficiente para garantir a segurança das pessoas e do patrimônio de outra forma.

Até o momento, temos a seguinte equação:

$$W_{i,j} = \frac{W_i \cdot I_i \cdot R_i^e \cdot R_i^n}{W_j \cdot I_j \cdot R_j^e \cdot R_j^n} = \frac{4 \cdot 2 \cdot R_i^e \cdot R_i^n}{2 \cdot 4 \cdot R_j^e \cdot R_j^n}$$

Se não houver qualquer incerteza quanto às premissas fáticas e jurídicas, R_i^e e R_i^n , assim como R_j^e e R_j^n , terão peso *certo*, que equivale a 1. Deste modo, as premissas cancelar-se-iam mutuamente. Restaria, portanto, a conta $(4 \times 2) \div (2 \times 4)$, divisão cujo quociente é 1. Haveria, por conseguinte, um impasse. O legislador possuiria margem de conformação estrutural, sendo-lhe facultado proibir, ou não, as charges, desde que haja previsão legal.

Acreditamos, todavia, que o cenário é outro. As premissas fáticas e jurídicas não se cancelam mutuamente e, no

²⁶² Sobre o “efeito intimidador” (*einschüchternde Wirkung*) e o “efeito resfriador” (*chilling effect*), cf. Parte II, Seção 2, item “b”, *supra*.

caso relatado, revelam-se decisivas para o raciocínio. Em primeiro lugar, é bastante discutível se a liberdade religiosa impede um chargista de criticar a fé do titular do direito fundamental. O âmbito de proteção abrange essa conduta? A liberdade religiosa não se reduz, na verdade, ao direito de o cidadão possuir e professar, interna e externamente, uma crença? Existe um direito fundamental a vetar críticas alheias à própria crença religiosa?

A questão não parece óbvia, e cerca-se de dúvidas. Por essa razão, podemos atribuir peso *não evidentemente falso* à premissa normativa do princípio “j”. Por outro lado, também se questiona a premissa fática desse princípio. Podemos ter realmente certeza (peso *certo*) de que a publicação das charges acarretará violência e mortes? As autoridades apresentaram provas cabais nesse sentido? O contingente policial é realmente insuficiente? Ora, tendo em vista a competência institucional do legislador, devemos dar-lhe um voto de confiança. Não se pode, entretanto, confirmar com certeza o risco efetivo a que a publicação das charges exporá a sociedade. Os riscos afiguram-se *plausíveis* ou *prováveis*, mas não *certos*.

Por outro lado, parece-nos que a publicação das charges se enquadra manifestamente na proteção constitucional. A premissa normativa assenta-se, pois, sobre fundamentos sólidos. Deve, portanto, receber peso *certo* (isto é, 1). Por outro lado, os danos concretos ao jornal também não oferecem maiores questionamentos. Um periódico polêmico vende, *ceteris paribus*, mais exemplares. Seu público típico aprecia charges carregadas de conteúdo crítico. Se o conteúdo do jornal for rigorosamente o mesmo, salvo o desenho satírico – que corre o risco de ser

retirado –, a charge só incrementará as vendas. A confiabilidade do prejuízo do jornal oscila entre o certo e o muito provável. Por cautela, podemos, portanto, atribuir-lhe peso *plausível* (isto é, 0,5).

O sopesamento toma, pois, outra forma:

$$W_{i,j} = \frac{W_i \cdot I_i \cdot R_i^e \cdot R_i^n}{W_j \cdot I_j \cdot R_j^e \cdot R_j^n} = \frac{4 \cdot 2 \cdot 1 \cdot 0,5}{2 \cdot 4 \cdot 0,5 \cdot 0,25} = \frac{4}{1} = 4$$

$P_{i,j}$ equivalerá a 4, número que supera 1. O princípio “i” deve, portanto, prevalecer. No sopesamento, prevalecerá a liberdade de expressão sobre a ordem pública e a liberdade religiosa. O exemplo dado oferece uma maneira de compararmos os pesos abstratos de direitos fundamentais.

Dessa forma, não vemos problemas epistemológicos em se atribuírem pesos abstratos a direitos fundamentais. Também se deve acrescentar que isso não precisa necessariamente envolver uma ordenação lexical absoluta, como AFONSO DA SILVA parece supor de forma entimemática.²⁶³

Conferir maior peso abstrato a um direito fundamental significa que o direito fundamental começa o processo de sopesamento com uma “margem de vitória” ou “vantagem prévia”. Para ilustrar o conceito, é como se o trunfo (isto é, o direito fundamental) tivesse um peso prévio na balança, um peso antes mesmo de a pesagem começar. Afinal, o trunfo possui maior peso abstrato. A balança imaginária do sopesamento judicial já pende em favor do trunfo. Metaforicamente, se existe essa vantagem

²⁶³ AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Grundrechte und gesetzgeberische Spielraum*. Baden-Baden: Nomos, 2003. pp. 181-3

prévia, então para que a balança se incline em favor do lado oposto – aquele que é contrário ao trunfo –, o peso concreto do princípio concorrente deve ser maior do que de costume.

Em outras palavras, quando dois princípios começam a ser analisados com os mesmos pesos abstratos ou nenhum, o sopesamento concreto é feito entre iguais. A balança encontra-se em equilíbrio antes do sopesamento. Porém, quando um trunfo entra em cena, o panorama muda substancialmente: o trunfo já entra no sopesamento com uma vantagem prévia; a pesagem já se inicia com uma balança que tende em favor de um dos lados.

Atribuir pesos abstratos aos direitos significa conceder-lhes uma vantagem prévia no processo de sopesamento. Estabelecemos, então, “(...) uma maneira adequada de combinar a proporcionalidade e o caráter de trunfo dos direitos fundamentais”²⁶⁴ ou, mais especificamente, unimos adequadamente a preponderância dos direitos fundamentais (*trumping*) e o sopesamento.

Em sua monografia sobre a proporcionalidade, que aborda a relação entre preponderância (*trumping*) e sopesamento, MATTHIAS KLATT estabelece duas leis sobre os trunfos. De acordo com a primeira lei:

Direitos fundamentais sempre preponderam sobre qualquer consideração, exceto sobre considerações com *status* constitucional similar.²⁶⁵

²⁶⁴ KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 29

²⁶⁵ KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 23

Além disso, a *Segunda Lei sobre a Preponderância* estabelece que:

Quanto maior for o peso abstrato de um direito, maior a probabilidade de que ele prepondere (*trump*) sobre considerações conflitantes.²⁶⁶

Ambas as leis aumentam o ônus argumentativo para quem quer que deseje contestar um trunfo. O trunfo, por si só, já se torna mais forte, uma vez que não pode ser colocado de lado sem uma boa justificativa. Nenhum motivo de natureza originalista, histórica ou genética poderá, por si só, simplesmente reduzir a abrangência do direito fundamental em questão, já que isso apenas removeria de maneira aparente o conflito entre o direito e outro interesse constitucional.²⁶⁷

Seria um erro argumentar que é possível encontrar “exceções” aos trunfos, sem o sopesamento. Como vimos, existe a necessidade de se criarem exceções.²⁶⁸ A maneira mais racional de fazê-lo é através do sopesamento.

Um dos argumentos desta Parte III é que DWORKIN aceita que bens coletivos e fatores consequencialistas possam

²⁶⁶ KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 29

²⁶⁷ Sobre as falhas do originalismo a esse respeito, cf. LETSAS, George. *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2007. pp. 68ss.; TRIBE, Laurence H. *The Invisible Constitution*. New York: Oxford University Press, 2008. pp. 65ss.; STRAUSS, David. *The Living Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2010. pp. 16ss., 20ss., 27; HARVIE WILKINSON, J. *Cosmic Constitutional Theory*. New York: Oxford University Press, 2012. pp. 33ss., 49; Em defesa da “ascendência” atual do originalismo, cf. ROSENTHAL, Lawrence. ‘Originalism in Practice’ (2012) 87 *Indiana Law Journal*, 1182–1245, 1183.

²⁶⁸ cf. Parte III, Seção 3, *supra*.

desempenhar um papel relevante ao se estabelecerem as exceções a um trunfo específico. Os trunfos são, de fato, passíveis de serem colocados de lado. O que precisamos descobrir é como, e em que casos.

DWORKIN rejeita a noção de um direito constitucional *prima facie*. De acordo com ele, não pode haver, por exemplo, um “(...) direito constitucional *prima facie* a tratamentos médicos que, apesar disso, acabe perdendo prioridade em vista de alguma emergência que impeça os juízes de garantirem o seu cumprimento.”²⁶⁹ Em situações de emergência, segundo DWORKIN, são os “próprios princípios”²⁷⁰ que sustentam esse direito, “(...) os quais incluem princípios quanto à melhor distribuição do poder político em um estado coercivo, que fornecem o argumento em desfavor de seu cumprimento.”²⁷¹

Como chega DWORKIN a essa conclusão? Seria por algum tipo de “profecia ou vaticinação constitucional”? Quando se assume que existem exceções aos trunfos, então é muito mais racional e transparente usar o sopesamento, ao invés de simplesmente dizer que uma exceção é inerente ao trunfo, ou deduzida dele.

Quando admite que uma emergência pode eximir o governo de fornecer os cuidados médicos aos quais um indivíduo normalmente tem direito, DWORKIN acredita que isso é uma clara

²⁶⁹ DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011. p. 413

²⁷⁰ DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011. p. 413

²⁷¹ DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011. p. 413

exceção ao direito à saúde, que ele considera ser um direito fundamental. DWORKIN não vê conflito algum entre o dever imposto por esse direito fundamental e as barreiras fáticas que impedem que esse dever seja cumprido. É como se o direito fundamental simplesmente saísse de cena, desaparecesse ou deixasse de existir na ocasião de uma emergência. A situação de emergência está totalmente além da abrangência desse direito. Mas que tipo de emergência justificaria colocar de lado um direito fundamental?

Em princípio, os indivíduos têm o direito de participar de manifestações religiosas públicas. Uma pessoa pode, por exemplo, participar de uma procissão religiosa ou funerária. Mas e se o risco de uma epidemia tornar injustificável permitir que uma procissão religiosa seja realizada sob certas condições de horário e local?²⁷²

Mais uma vez, o sopesamento oferece um método mais racional e transparente para responder essa questão. Simplesmente dizer que a exceção é uma conclusão apodítica do próprio direito fundamental, a partir de sua área de proteção, não ajuda muito. Como podemos definir a abrangência ou área de proteção de um direito? Se aceitarmos uma teoria interna, conflitos entre direitos deixam de existir apenas aparentemente. De fato, os argumentos utilizados para se chegar a uma determinada conclusão tornam-se menos rastreáveis.

Isso significa que existem situações em que políticas públicas (*matters of policy*) interferem e neutralizam determinados

²⁷² ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002. pp. 208ss.

trunfos. Em outras palavras, os trunfos – que envolvem uma questão de princípios, de acordo com a terminologia de DWORKIN – não são totalmente imunes à análise do peso das suas consequências.

Segundo defendemos, nem todo trunfo é um trunfo de *âs* (ou seja, invencível ou insuperável). Dependendo da situação concreta, todos os trunfos são passíveis de “derrotabilidade” (*defeasibility*).²⁷³ Isso significa, então, que os trunfos apenas intensificam os critérios ou parâmetros em questão, o que eleva a importância dos interesses constitucionais envolvidos. Os trunfos são um fardo para quem desejar colocá-los de lado. Os direitos com caráter de trunfo merecem deferência por definição, e não devem ser colocados de lado tão facilmente com base em argumentos consequencialistas. Diferem-se, pois, de outros direitos ou interesses. Apesar disso, eles são, sim, passíveis de “derrotabilidade”.

É questionável se, conforme argumenta MATTHIAS KLATT, a ordenação lexical “proposta por RAWLS ou DWORKIN” sempre e definitivamente significará atribuir aos princípios baixos pesos abstratos.²⁷⁴ Isso parece ser, no mínimo, discutível, uma vez que, como se tentou demonstrar anteriormente, DWORKIN aceita diversas exceções aos trunfos que são, de certa forma, vagas e relativamente abrangentes. Além disso, argumenta-se nesta Parte III que a única forma racional e transparente de

²⁷³ Sobre a derrotabilidade (*defeasibility*), cf. DUARTE D’ALMEIDA, Luís. ‘A Proof-Based Account of Legal Exceptions’ (2013) 33 *Oxford Journal of Legal Studies*, 133–168.

²⁷⁴ KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 28

encontrar exceções aos trunfos seria através do sopesamento, o que significa que mesmo a proposta de DWORKIN é, no mínimo, compatível com o sopesamento – se é que não *precisa* dele. Essa objeção parece aplicar-se, ao menos parcialmente, também a RAWLS.²⁷⁵

Quando DWORKIN aceita que a exigência de um trunfo pode ser superada, se isso acarretar uma catástrofe, levam-se as consequências em consideração. Embora DWORKIN rejeite uma justificativa de tipo agregacionista para os direitos fundamentais, a argumentação de tipo agregacionista desempenha um papel relevante, em certas circunstâncias, no tipo de raciocínio que DWORKIN defende. Ele quer evitar argumentos *ad terrorem*, os quais também podem ser chamados de *high stakes objections*²⁷⁶, em sua análise predominantemente deontológica. Mas as exceções aos trunfos admitidas por DWORKIN só podem ser obtidas de forma plausível através do sopesamento.

Nada do que ora se propõe retira dos direitos fundamentais a natureza de trunfo, a não ser que se entenda que eles são trunfos de ás (ou seja, invencíveis ou insuperáveis). Acerca do caráter absoluto de direitos em geral²⁷⁷, FRANCES M. KAMM defende que:

²⁷⁵ cf., e.g., RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993. pp. 295ss., onde RAWLS faz sua famosa distinção entre restrição e regulação das liberdades básicas, e assegura que as liberdades básicas e sua prioridade “não são necessárias sob todas as condições.”

²⁷⁶ cf. PARFIT, Derek. *On What Matters*. Oxford: Oxford University Press, vol. I, 2011. pp. 331ss.

²⁷⁷ Desde uma comparação aproximada – e, portanto, imperfeita –, os direitos fundamentais podem ser entendidos como “restrições morais indiretas” (tradução assumidamente inadequada da expressão *moral side-constraints*, do filósofo ROBERT

Rights might be nonabsolute and still be so-called trumps over utility, if they are overridden by factors other than utility or even if they override all but very great utility (or disutility) considerations. But I doubt that all rights – rather than just the most important human rights – cannot be overridden by moderate utility considerations. If so, many rights will not be trumps over utility, as well as being nonabsolute for other reasons. And even the most important human rights may have utility or disutility thresholds that are just extremely high.²⁷⁸

Se um processo racional como o sopesamento não for usado, certamente nenhuma garantia considerável poderá ser dada de que aquilo que deveria ser uma exceção não se tornará a regra; nesta hipótese, portanto, os trunfos serão fracos demais para prevalecer sobre qualquer coisa. O sopesamento também não pode fornecer tal garantia, mas talvez possa mostrar-nos o caminho de modo a evitar o problema.

Se quisermos que os direitos fundamentais prevaleçam sobre a maioria das considerações consequencialistas, é fundamental submeter a argumentação jurídica a um escrutínio racional e transparente. O sopesamento fornece a melhor forma de se alcançar tal desiderato. O sopesamento não é imune a

NOZICK). Neste caso, os direitos fundamentais enquadrar-se-iam em uma teoria predominantemente consequencialista, mas com limites deontológicos. Os *side-constraints* impedem que o âmbito de proteção de um direito possa ser restringido de determinadas maneiras. Limitam, pois, os objetivos a serem perseguidos pelos agentes, por meio da imposição de certos meios moralmente inadmissíveis. Sobre os *side-constraints*, cf. NOZICK, Robert (1974). *Anarchy, State, and Utopia*. New York: Basic Books, 2013. pp. 26ss.

²⁷⁸ KAMM, F. M. *Intricate Ethics: Rights, Responsibilities and Permissible Harm*. New York: Oxford University Press, 2007. p. 240

qualquer subjetividade; ele não garante resultados específicos. De fato, juízes diferentes podem usar o mesmo método (sopesamento) e chegar a conclusões completamente diferentes. Em uma de suas decisões, LORD HOFFMANN – então magistrado da mais alta Corte do Reino Unido – colocou a questão da subjetividade judicial nos seguintes termos: “[t]hese are value judgments on which reasonable people may differ. Since judges are also people, this means that some degree of diversity in their application of values is inevitable”.²⁷⁹

Apesar da subjetividade ínsita ao sopesamento, este método oferece-nos um arcabouço para as discussões sobre direitos fundamentais que amplia a transparência e distribui os ônus de argumentação. Embora seja compatível com diferentes níveis de proteção, o sopesamento suscita exigências formais quanto ao conteúdo que preencherá a estrutura argumentativa.

Além disso, a consideração acima mostra que direitos fundamentais são melhor compreendidos como “trunfos sujeitos a uma cláusula geral de sopesamento” ou, nos termos de JORGE REIS NOVAIS, como “trunfos sujeitos a uma reserva geral imanente de ponderação”²⁸⁰. Tais direitos são trunfos, mas não trunfos absolutos. Suas exceções podem ser estabelecidas de maneira plausível por meio do sopesamento.

Apesar do que se acabou de argumentar, é de extrema importância não dar maior grandeza ou dimensão ao raciocínio: o sopesamento não elimina a subjetividade da argumentação

²⁷⁹ *Piglowska v. Piglowski* [1999] 2 FLR 763 (House of Lords)

²⁸⁰ REIS NOVAIS, Jorge. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. pp. 80ss.

jurídica; nem seria capaz de fazê-lo. As objeções ao sopesamento impõem-lhe exigências “hiper-racionalizantes”, que simplesmente não podem ser cumpridas; nem pelo sopesamento, nem por qualquer outro método.²⁸¹

O que o sopesamento proporciona é a possibilidade de se estabelecer a configuração básica das regras da argumentação; e, o que é ainda mais importante, um meio de forçar o juiz a julgar de forma mais manifesta e transparente. Nesse sentido, o sopesamento permite que os trunfos instituem *onera* de argumentação, tornando mais difícil a missão daquele que não quiser dar-lhes precedência em um caso jurídico concreto.

6) Trunfos, promessas e direitos fundamentais

Quando DWORKIN indaga se os direitos humanos são verdadeiramente universais, ou seja, se um direito humano depende de questões como cultura ou história local, ele responde: “sim e não.”²⁸² Para DWORKIN, uma “(...) política de educação de saúde que seria percebida como um esforço de boa-fé em um país pobre, seria vista como desprezo em um país rico.”²⁸³ Apesar disso, DWORKIN insiste que o próprio padrão abstrato – o entendimento básico de que a dignidade exige uma preocupação igual com o destino de todos e o respeito integral à

²⁸¹ PORTOCARRERO QUISPE, Jorge A. *Der Autoritative Charakter der Grundrechtsabwägung: Eine Untersuchung über die Rolle der formellen Prinzipien in der Grundrechtsinterpretation*. Baden-Baden: Nomos, 2014. p. 138

²⁸² DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011. p. 338

²⁸³ DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011. p. 338

responsabilidade pessoal – é a base do dever do Estado de estabelecer uma política de educação e saúde e, dessa forma, é universal.²⁸⁴

A tese de DWORKIN de que os direitos humanos dependem de questões locais ou paroquiais parece proceder. Do contrário, teríamos que aceitar que os direitos humanos só serão respeitados “(...) quando alcançarmos um milênio de sofisticação cultural e riqueza.”²⁸⁵ Rigorosamente, isso significa que o cumprimento dos direitos humanos não deve ser medido *sub specie aeternitatis*. Esse ponto é relevante, porque mostra que um mesmo direito pode ser *igualmente respeitado*, mesmo que seja realizado em diferentes amplitudes, de acordo com as possibilidades legais e fáticas do caso concreto. Trata-se precisamente do que a teoria do sopesamento propõe.²⁸⁶

Para elucidar essa questão, e ajudar a mostrar que a preponderância (*trumping*) dos direitos fundamentais e o sopesamento são compatíveis e complementares, é importante lembrar que DWORKIN acredita que a ideia dos direitos como trunfos deve ser compreendida como análoga à ideia de uma promessa.²⁸⁷ De acordo com essa ótica, uma promessa ocorre, por exemplo, se “A” obtém um empréstimo de “B” e promete pagar-

²⁸⁴ DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011. p. 338

²⁸⁵ DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011. p. 252

²⁸⁶ ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 47

²⁸⁷ DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011. p. 329

lho. Em princípio, “A” não pode simplesmente argumentar posteriormente que, em vez de pagar a “B” – suponhamos que este seja solteiro –, irá viajar com sua esposa e seus nove filhos, sob a justificativa de que, desde uma perspectiva puramente utilitarista, isso tornará mais pessoas mais felizes e, provavelmente, gerará um maior benefício geral. Essa alegação certamente não seria bastante para eximir “A” da obrigação contraída perante “B”.

Em *Justice for Hedgehogs*, DWORKIN mostra que a noção de preponderância (*trumping*) pode auxiliar-nos a explicar como promessas e direitos fundamentais devem ser compreendidos. Os direitos fundamentais instituem encargos argumentativos onerosos em seu favor. Por conseguinte, são mesmo semelhantes ou análogos às promessas, as quais excluem uma grande amplitude de justificativas e exceções que normalmente seriam aceitas em outras circunstâncias. Os direitos fundamentais também excluem e prevalecem sobre diversos argumentos e interesses que normalmente teriam maior impacto caso não fossem neutralizados pela força de um trunfo.

STEPHEN GUEST defende que os primeiros artigos publicados por DWORKIN eram interessantes, dentre outras coisas, por mostrar uma “verve anti-utilitarista”.²⁸⁸ GUEST também aponta como é fácil detectar a “(...) influência do prestigiado artigo de RAWLS ‘Two Concepts of Rules’, publicado em 1955,”²⁸⁹

²⁸⁸ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. 3rded. Stanford: Stanford University Press, 2012. p. 12

²⁸⁹ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. 3rded. Stanford: Stanford University Press, 2012. p. 12

sobre os primeiros textos de DWORKIN. Observe-se que se trata de informação relevante, visto que, dentre as principais ideias desenvolvidas por RAWLS no mencionado artigo, está justamente a “questão da promessa.”²⁹⁰

RAWLS acredita que o “(...) utilitarismo não pode representar de maneira adequada a obrigação de se cumprir uma promessa.”²⁹¹ É plausível asseverar que a “questão da promessa” permaneceu uma das principais preocupações de DWORKIN até o último livro que o autor publicou em vida.²⁹²

Não obstante, embora as promessas sejam similares aos trunfos, DWORKIN reconhece explicitamente que as promessas não são imunes a todas as exceções. Uma promessa feita por “A” de sair para jantar, na opinião dele, “(...) não poderia tornar-se tão importante a ponto de, por exemplo, a doença de seu filho não servir como desculpa. Nenhuma dessas quase platitudes oferece um algoritmo para testar promessas e descobrir quando elas podem ser quebradas. Só podemos dizer que devemos atribuir um alto grau de seriedade às promessas – mas não alto demais – quando fazemos nossos julgamentos sobre seu cumprimento a partir de, e de forma integrada com, nossas outras convicções mais gerais sobre não causar nenhum dano às pessoas.”²⁹³

²⁹⁰ RAWLS, John. ‘Two Concepts of Rules’ (1955) 64 *The Philosophical Review*, 3–32, 29.

²⁹¹ RAWLS, John. ‘Two Concepts of Rules’ (1955) 64 *The Philosophical Review*, 3–32, 33.

²⁹² DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011. pp. 308ss.

²⁹³ DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011. p. 311

Porém, como se podem selecionar os argumentos que formam fundamentos suficientemente sólidos para não se manter uma promessa se, como DWORKIN reconhece, não existe uma perspectiva arquimediana ou algorítmica para tanto? Se procurarmos fundamentos transparentes e racionais, o sopesamento afigura-se uma resposta sensata. E se existem casos em que não se admitem exceções a uma determinada promessa ou direito fundamental, estes também podem ser elucidados por um processo de sopesamento.

Os direitos que não admitem nenhum tipo de exceção são classificados como absolutos. Dito de outra maneira, um direito é “(...) absoluto quando não pode ser deixado de lado em nenhuma circunstância, de forma que jamais possa ser infringido de forma justificável e deva ser cumprido sem nenhuma exceção.”²⁹⁴ Direitos relativos, por outro lado, podem ser “(...) juridicamente alterados com o objetivo de proteger” outros interesses, o que significa que “(...) certas considerações podem ser feitas para se afastar o direito” e que “(...) nem todas as restrições (...) significam violações.”²⁹⁵

Para explicar a aparente existência de direitos absolutos, ALEXY declara o seguinte:

Existem, portanto, condições segundo as quais se pode dizer com um alto grau de certeza que nenhum princípio contrário tomará prioridade. Essas condições definem o “núcleo essencial da

²⁹⁴ GEWIRTH, Alan. ‘Are There Any Absolute Rights?’ (1981) 31 *The Philosophical Quarterly*, 1–16, 2.

²⁹⁵ MAVRONICOLA, Natasa. ‘What is an ‘absolute right’? Deciphering Absoluteness in the Context of Article 3 of the European Convention on Human Rights’ (2012) 12 *Human Rights Law Review*, 723–758, 730.

vida privada.” Mas o absolutismo de sua proteção permanece uma questão acerca da relação entre diferentes princípios. Um conjunto de circunstâncias segundo o qual princípios conflitantes tomam, de fato, precedência não pode ser excluído. Contudo, a certeza da proteção é tão alta, que, sob circunstâncias ordinárias, podemos falar de proteção absoluta. Mas a base relativizada dessa proteção não deve ser perdida de vista. A extensão da proteção “absoluta” depende do sopesamento de princípios. A impressão de que a essência pode ser identificada diretamente sem o sopesamento de interesses, ou descoberta intuitivamente, parte da certeza com que somos capazes de descrever os princípios envolvidos no caso.²⁹⁶

A relativa certeza de que determinado direito não será afastado em prol de outro direito em circunstâncias ordinárias também pode ser explicada com base no sopesamento. Esse também é um motivo pelo qual a preponderância (*trumping*) e o sopesamento são compatíveis. Na verdade, para JUDITH JARVIS THOMSON, parece tão claro que não existem direitos absolutos que seria redundante falar em direito *prima facie*.²⁹⁷

A maioria das questões políticas é, e deveria ser, “(...) um tipo de argumentação de troca utilitarista (*utilitarian trade-off*).”²⁹⁸ Com os trunfos, o cenário é outro. Eles são exatamente os direitos que são normalmente imunes a tal “troca utilitarista.”

²⁹⁶ ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002. pp. 195-6

²⁹⁷ THOMPSON, Judith Jarvis. *The Realm of Rights*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1990. pp. 118ss.

²⁹⁸ DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011. p. 329

Eles prevalecem sobre quase todas as diversas justificativas sobre “(...) o bem-estar geral ou quaisquer outras justificativas que levem todos os aspectos em consideração.”²⁹⁹ Contudo, DWORKIN concorda que isso não pode significar que os trunfos não admitam exceções.³⁰⁰ Sem dúvida, eles precisam admitir.

A questão central, evidentemente, é que exceções seriam essas. Se as promessas, por exemplo, são como trunfos, conforme argumenta DWORKIN, isso só pode significar que as promessas, assim como os trunfos, “(...) aumentam bastante a necessidade de justificativas bem sucedidas para se frustrar deliberadamente expectativas que foram encorajadas. Uma promessa torna inaceitáveis uma série de desculpas que teriam sido suficientes caso essa expectativa tivesse sido encorajada de outras formas menos importantes.”³⁰¹ Mais uma vez, há um paralelo com a ideia de um direito fundamental que, como vimos, significa que o Estado não “(...) tem justificativa para colocá-lo de lado” baseado “(...) no argumento mínimo que seria suficiente se tal direito não existisse.”³⁰²

JOSEPH RAZ sustenta a opinião de que as promessas são motivos excludentes e, como tal, motivos cuja ação independe

²⁹⁹ DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011. p. 330

³⁰⁰ DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011. pp. 310-1

³⁰¹ DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011. pp. 310

³⁰² DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977. p. 192

de contexto.³⁰³ É importante deixar claro que RAZ desenvolve essa ideia de maneira bastante diferente. Seus trabalhos sobre promessas adotam uma abordagem diferente da deste texto e possuem objetivos bastante distintos. De qualquer forma, RAZ admite que motivos promissórios (ou seja, motivos constituídos por promessas válidas para a realização do ato prometido) possuem exceções.³⁰⁴ ³⁰⁵ Consequentemente, segundo ele, é importante compreender a “(...) distinção entre promessas vinculantes que são superadas por motivos concorrentes, e promessas que não são vinculantes.”

Promessas, assim como outros trunfos, só podem ser independentes de contexto até certo ponto. Elas não excluem quaisquer razões para agir; excluem apenas algumas razões para agir. A abrangência da força excludente de um trunfo é limitada. Isso aplica-se ainda mais justificadamente aos direitos fundamentais, que também possuem exceções. Encontrar tais

³⁰³ cf. RAZ, Joseph. ‘Is There a Reason to Keep Promises?’ *Columbia Public Law Research Paper No.12-320*; *Oxford Legal Studies Research Paper No. 62/2012*. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2162656> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2162656> (October 16, 2012); cf., igualmente, RAZ, Joseph. ‘Promises and Obligations’, in HACKER, P.M.S.; RAZ, Joseph. *Law, Morality and Society: Essays in Honor of H.L.A. Hart*. Oxford: Clarendon Press, 1977. pp. 210-28

³⁰⁴ RAZ, Joseph. ‘Is There a Reason to Keep Promises?’ *Columbia Public Law Research Paper No.12-320*; *Oxford Legal Studies Research Paper No. 62/2012*. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2162656> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2162656> (October 16, 2012) 4-5.

³⁰⁵ Sobre a dificuldade de estabelecer-se o momento em que uma promessa se aperfeiçoa, passando a ser vinculante, e sobre a ausência de um critério arquimediano para gizar no tempo esse momento, cf. AUSTIN, J. L. *How to do Things with Words*. 2nded. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1975. pp. 37-8

exceções é uma questão argumentativa, através da análise de reivindicações e prioridades conflitantes.

Infelizmente, não é plausível – e talvez nem mesmo possível – listar exaustivamente todos os possíveis conflitos de valores ou direitos fundamentais, como casos envolvendo a liberdade religiosa e a liberdade de expressão – apenas para mencionar um exemplo possível. Portanto, encontrar o que efetivamente é suplantado (*trumped*) por um trunfo não é tão fácil.

O melhor curso a seguir parece ser instaurar ônus argumentativos a quaisquer reivindicações contra o trunfo. Essa questão será abordada novamente na Seção 9 desta Parte III, *infra*. De qualquer forma, negar a um trunfo uma abrangência limitada favorece a proteção de direitos fundamentais. Saber que limitações de um direito significam uma violação dele é mais que relevante. Também é de crucial importância que qualquer conduta potencialmente capaz de infringir tal direito seja submetida a escrutínio constitucional.³⁰⁶

É por isso que, quando tratamos de direitos fundamentais, a diferença entre as chamadas teorias interna e externa torna-se tão relevante.

7) As teorias externa e interna e a reconciliação entre trunfos e direitos fundamentais

³⁰⁶ Nesse sentido, cf. MÖLLER, Kai. ‘Proportionality and Rights Inflation’, in HUSCROFT, Grant; MILLER, Bradley W.; WEBBER, Grégoire. *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. pp. 155ss.

O que permanece como a diferença mais marcante entre DWORKIN e ALEXY é que, enquanto DWORKIN defende a tese de que todas as exceções são internas ao direito ou trunfo envolvido³⁰⁷, ALEXY acredita que a única solução plausível é sopesar os argumentos a favor e contra a prevalência, nas dadas circunstâncias, do direito ou trunfo envolvido.³⁰⁸

Pode-se também dizer que uma grande diferença entre as análises de DWORKIN e ALEXY é que, para DWORKIN, não há espaço para argumentos consequencialistas ou utilitaristas para a neutralização de um direito. Mas esse é um argumento que induz em erro. Conquanto acredite que direitos fundamentais prevalecem sobre a maioria das considerações utilitaristas, DWORKIN admite que a ocorrência de catástrofes ou outros incidentes similares possam servir como justificativas plausíveis contra um trunfo.

Pode-se classificar o posicionamento de DWORKIN, quanto à admissão de exceções aos trunfos, como uma teoria interna, uma vez que defende que todas as exceções aparentes a um determinado trunfo são, na verdade, internas a ele.³⁰⁹ Mais

³⁰⁷ DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011. 413.

³⁰⁸ ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002. pp. 179ss.

³⁰⁹ Para diferentes versões de uma teoria interna dos direitos fundamentais, cf. MÜLLER, Friedrich. *Die Positivität der Grundrechte*. 2.Auf. Berlin: Duncker & Humblot, 1990. pp. 18ss.; HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992. pp. 309ss.; GÜNTHER, Klaus. *Der Sinn für Angemessenheit*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992. pp. 255ss., 309ss.; MÜLLER, Friedrich. *Essays zur Theorie von Recht und Verfassung, von Methodik und Sprache*. 2.Auf. Berlin: Duncker & Humblot, 2013.

corretamente, nem se pode falar de exceções a um determinado direito, uma vez que os supostos limites são intrínsecos à abrangência do próprio direito. Nesse contexto, a tese de ALEXY pode ser classificada como uma teoria externa, uma vez que sustenta a existência de um direito *prima facie*, que se sujeita a limitações ou exceções. A teoria externa é geralmente ligada à ideia de que direitos fundamentais possuem uma ampla abrangência, de sorte que um direito geral de liberdade pode ser limitado em certas circunstâncias, enquanto a teoria interna é normalmente associada a uma abrangência restrita.³¹⁰

A ideia de um amplo direito *prima facie* à liberdade, defendida por ALEXY, é similar ao conceito de liberdade negativa de ISIAH BERLIN.³¹¹ Partindo desse ponto de vista, a teoria de ALEXY tem uma importante componente liberal, que difere substancialmente da de DWORKIN. ALEXY pressupõe, à moda liberal,³¹² que os indivíduos têm o direito, ao menos *prima facie*,

³¹⁰ ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002. pp. 200ss. A diferença entre a abrangência de um direito e suas limitações, assim como a adoção de uma teoria diádica ou triádica para explicar esse fenômeno, é de tamanha relevância para uma teoria de direitos fundamentais que se tornou uma das principais disputas em debate recente entre ROBERT ALEXY e JÖRN IPSEN. Para esse debate, cf. ALEXY, Robert. ‘Jörn Ipsens Konstruktion der Grundrechte’ (2013) 52 *Der Staat*, 87–98; IPSEN, Jörn. ‘Grundzüge einer Grundrechtsdogmatik. Zugleich Erwiderung auf Robert Alexy, ‘Jörn Ipsens Konstruktion der Grundrechte’ ’ (2013) 52 *Der Staat*, 266–293.

³¹¹ BERLIN, Isaiah (1958). ‘Two Concepts of Liberty’, in *Liberty*. Oxford: Oxford University Press, 2002. pp. 169-78; BERNAL PULIDO, Carlos. *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. 3ªed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. pp. 472-5

³¹² BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien*. 2.Auf. Baden-Baden: Nomos, 2007. pp. 47ss.

de fazer o que lhes aprouver.³¹³ Essa liberdade pode ser restringida, mas qualquer limitação exige bases sólidas, que devem ser analisadas por meio da proporcionalidade e, mais especificamente, do sopesamento. DWORKIN refuta claramente a ideia de que qualquer argumentação de liberdade negativa, mesmo que seja *prima facie*, possa ser plausível, e critica explicitamente a abordagem de BERLIN.³¹⁴

Por um lado, a teoria interna é consistente com as premissas que assume. De determinado ponto de vista, ela não deve apresentar mais desafios do que a teoria externa. Por exemplo, sempre se pode questionar que direitos devem ser considerados trunfos e quanto a abrangência desses trunfos deve cobrir; mas, *mutatis mutandis*, o mesmo questionamento é feito quanto à teoria externa, caso em que sempre se pode indagar que limitações são admissíveis à abrangência *prima facie* de um direito.

Por outro lado, a principal vantagem da teoria externa é que ela é mais transparente. Ela força os responsáveis pela deliberação a reconhecer o fato de que sua decisão não é, de maneira alguma, algo óbvio. Aqueles que decidem estão, de fato, sopesando interesses conflitantes e a teoria externa deixa esse

³¹³ Para uma defesa da visão de que isso trivializaria a própria noção de direito fundamental, cf. o voto dissidente de DIETER GRIMM em BVerfGE 80, 137 (Reiten im Walde); Mais recentemente em sentido contrário a GRIMM, cf. MÖLLER, Kai. ‘Proportionality and Rights Inflation’, in HUSCROFT, Grant; MILLER, Bradley W.; WEBBER, Grégoire. *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. pp. 155ss.

³¹⁴ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977. p. 267; DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011. pp. 367ss.

fato ainda mais claro e rastreável. É possível chegar precisamente aos mesmos resultados usando essas duas teorias distintas, mas isso não é suficiente. Deixando de lado a noção ingênua de que existe apenas uma resposta correta, que é facilmente obtida desde a construção da abrangência do trunfo em questão, a teoria externa é capaz de ampliar o processo argumentativo.³¹⁵

O que realmente separa ALEXY e DWORKIN não é o fato de que este entenda alguns direitos como trunfos e aquele pense que eles devam ser sopesados contra os direitos coletivos. Ambos admitem exceções a quaisquer direitos fundamentais, independentemente do fato de serem trunfos. A diferença está em como ALEXY e DWORKIN fazem isso. DWORKIN insiste que todas as exceções são, e devem ser, inerentes ao trunfo em questão (teoria interna). Para DWORKIN, se uma promessa pode ser violada em determinadas circunstâncias, não é por causa de um processo de sopesamento em que dois interesses conflitantes são sopesados. Isso é algo simplesmente interno à ideia de uma promessa – pois ela jamais deveria ser cumprida sob determinadas circunstâncias. As promessas não são vinculantes aconteça o que acontecer. A teoria externa, contudo, força aquele que colocou o trunfo de lado a exhibir razões claras e convincentes para ter feito isso.

A teoria interna esquivava-se e esconde o fato de que há uma tensão entre interesses conflitantes ou direitos concorrentes em todas as decisões sobre a prevalência de um trunfo. O teórico

³¹⁵ Para um debate mais pormenorizado dos argumentos a favor e contra a adoção de uma teoria externa, cf. MEISTER, Moritz. *Das System des Freiheitsschutzes im Grundgesetz*. Berlin: Duncker & Humblot, 2011. pp. 45ss.

interno tentará mostrar que o conflito ou concorrência é apenas aparente, e que a exceção defendida é, de fato, um caso de não-aplicabilidade, desde o início, do trunfo em questão. É como se o trunfo e aquilo que ele assegura nunca tivessem sido colocados em discussão. Isso significa que “(...) o conteúdo do direito e as condições para sua restrição estão misturados.”³¹⁶

O teórico interno tenta evadir-se da incidência do trunfo desde o início. De determinado ponto de vista – que JORGE REIS NOVAIS, um tanto impropriamente, chamou de “teorético” –, a teoria interna pode ser considerada impecável. Apesar de deixar de oferecer uma forma racional e transparente de controlar a (in)constitucionalidade dos limites impostos a certos direitos fundamentais – justamente por misturar o conteúdo e os limites desse direito –, a teoria interna oferece uma delimitação bastante rígida, “apriorística” ou ultrarrestritiva dos direitos fundamentais³¹⁷, que elimina semântica e conceitualmente os conflitos entre direitos.³¹⁸ Apesar disso, o problema prático persiste: onde termina a abrangência de um direito? Como se pode saber isso? Na teoria interna, essa questão é respondida a partir de um ponto de vista conceitual, concernente à própria definição do direito. Na teoria externa, o conflito não é velado ou escondido, pois é resolvido através do sopesamento. A diferença metodológica entre a abrangência de um direito e seus limites

³¹⁶ KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 21

³¹⁷ Em sentido semelhante, cf. TRIBE, Laurence; DORF, Michael C. *On Reading the Constitution*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1991. pp. 106-7

³¹⁸ REIS NOVAIS, Jorge. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 31

favorece a “rastreadabilidade” das decisões feitas por determinado tribunal, evidenciando-lhe os argumentos.

Além disso, a teoria interna pode dar a impressão de que todos os direitos e interesses assegurados por determinado sistema jurídico estão em perfeita harmonia, uma vez que não pode haver qualquer sobreposição entre as áreas de proteção de quaisquer direitos ou trunfos. Isso faz tudo parecer simples, justamente por ser holístico. Afinal, na teoria interna, “(...) a abrangência dos direitos fundamentais é determinada de acordo com sua interpretação.”³¹⁹ Portanto, limitações “(...) são parte dos direitos fundamentais. Elas não os limitam. Ao invés disso, determinam seu conteúdo de acordo com a perspectiva da comunidade em determinada época.”³²⁰

Contudo, parece ser preferível empregar “(...) as construções que evidenciem, da forma mais transparente possível, os conflitos de interesses, valores e princípios que subjazem a todos os casos difíceis de direitos fundamentais.”³²¹ A adoção desse processo, de acordo com REIS NOVAIS,³²² significa que, ao resolver esses conflitos, seria possível controlar determinada solução de uma maneira “intersubjetivamente partilhada” ao invés de se “ocultar semanticamente” ou

³¹⁹ BARAK, Aharon. *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 493

³²⁰ BARAK, Aharon. *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 493

³²¹ REIS NOVAIS, Jorge. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 31

³²² REIS NOVAIS, Jorge. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. pp. 31ss.

“neutralizar teoreticamente” os tipos de conflitos entre direitos fundamentais que frequentemente formam as bases de um caso constitucional concreto.

Um dos resultados da teoria interna de DWORKIN é que a igualdade e a liberdade, por exemplo, nunca se sobrepõem e nunca estão em uma área de conflito.³²³ Elas de nenhuma forma entram em colisão. Se aceitarmos a teoria interna, também somos obrigados a admitir, por exemplo, que simplesmente não há oposição ou tensão entre a regra da maioria e os direitos fundamentais, uma visão que DWORKIN compartilha.³²⁴

Como se pode constatar facilmente, não é coincidência que, em *Justice for Hedgehogs*, DWORKIN defenda meticulosamente as duas perspectivas ora mencionadas, nomeadamente: (1) que a igualdade e a liberdade e (2) a regra da maioria e os direitos fundamentais nunca entram em conflito um com o outro.³²⁵ É como se, sempre que a igualdade fosse aplicável, a liberdade simplesmente saísse de cena, ou vice-versa. Os conceitos são moldados a partir de uma perspectiva holística, o que implica

³²³ DWORKIN, Ronald. *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2000. pp. 121, 134; DWORKIN, Ronald. *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate*. Princeton: Princeton University Press, 2006. pp. 69-70

³²⁴ DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011. pp. 382ss. Para uma contribuição recente sobre a relevância do sopesamento na tentativa de ajustar a relação entre princípios formais – derivados de decisões procedimentais e democráticas – e princípios substantivos – como os benefícios assegurados por direitos fundamentais sociais –, cf. BOROWSKI, Martin. ‘Formelle Prinzipien und Gewichtsformel’, in KLATT, Matthias. *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013. pp. 151-199; Neste trabalho sobre os princípios formais, cf. Parte IV, Seção 5, *infra*.

³²⁵ DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011. pp. 345ss.

defender uma visão bastante específica, limitada e idealizada de igualdade ou liberdade.

Essa também é a razão de DWORKIN criticar a conhecida dicotomia, difundida por BENJAMIN CONSTANT³²⁶ e retomada por ISAIAH BERLIN³²⁷, entre a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos. Um artigo de KATHLEEN M. SULLIVAN mostra que a distinção entre os dois conceitos de liberdade se tornou muito importante na compreensão dos direitos fundamentais, inclusive no caso da liberdade de expressão.³²⁸ Contudo, de acordo com DWORKIN, não há contrariedades entre a participação política e o direito de escolha como parte de um grupo (liberdade dos antigos) e a garantia de uma esfera inviolável de liberdades individuais (liberdade dos modernos).

Além disso, não haveria valor na liberdade por si só. Para DWORKIN, a única liberdade de que não podemos ser despojados pelo Estado é aquela rigorosamente essencial à nossa dignidade.³²⁹ Se as pessoas são privadas de um único direito individual, um injusto sério é cometido contra elas. Mas se um único direito individual é inadequadamente concedido a um cidadão, isso já é demais. Metaforicamente, pode-se dizer que os direitos fundamentais funcionariam, para DWORKIN, como um

³²⁶ CONSTANT, Benjamin. 'De la liberté des anciens comparée à celle des modernes (discours prononcé à l'Athénée Royal de Paris en 1819)', in *Écrits politiques*. Paris: Gallimard, 1997. pp. 589-619

³²⁷ BERLIN, Isaiah (1958). 'Two Concepts of Liberty', in *Liberty*. Oxford: Oxford University Press, 2002. pp. 166ss.

³²⁸ cf. SULLIVAN, Kathleen M. 'Two Concepts of Freedom of Speech' (2010) 124 *Harv. L. Rev.*, 143–177.

³²⁹ DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011. p. 345

copo cheio d'água até exatamente o limite de transbordamento. Uma gota d'água a mais já seria o suficiente para fazer o copo transbordar, de modo que o copo (dos direitos fundamentais?) deveria ficar sempre nessa condição de exata saturação, mas sem transbordamento.

O argumento admite, portanto, que há uma divisão bem clara entre o que é uma questão de princípios, e o que é uma questão de políticas públicas (*policy*). Se uma decisão sequer que deveria ser tomada de acordo com objetivos coletivos for decidida de outra forma, a sociedade é indevidamente privada de sua prerrogativa democrática de autodeterminação. Analogamente, comete-se um erro grave contra o indivíduo, se uma escolha sequer que ele deveria poder fazer por contra própria é feita pela sociedade como um todo. Em suma, não há meios-termos ou margens de indefinição ou obscuridade.

Outrossim, DWORKIN faz uma conhecida diferenciação entre a autonomia (*freedom*) e a liberdade (*liberty*). Gozar de autonomia (*freedom*) significa poder fazer aquilo de que se tem vontade, enquanto a liberdade (*liberty*) é apenas a parte da autonomia que, se restringida, geraria uma violação da dignidade humana. Sob esse pano de fundo, nem toda oposição à vontade de um indivíduo configura uma oposição à sua liberdade, simplesmente porque os cidadãos não têm o direito de fazer tudo o que quiserem.³³⁰ As pessoas não têm o direito de cometer um

³³⁰ DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011. pp. 366ss.

roubo³³¹ ou assassinato, por exemplo, o que significa que o Estado não lhes faz mal algum ao proibi-las de realizar tais condutas.³³² A teoria interna neutraliza a oposição entre diferentes direitos fundamentais, uma vez que “(...) busca fornecer a cada direito uma área de proteção clara e bem definida de forma que ele não entre em conflito com outros direitos fundamentais.”³³³

Mas há uma evidente objeção moral e liberal que pode ser feita quanto à singela escolha de alguns atos para colocá-los fora da área de proteção do direito. KAI MÖLLER menciona o caso de um matador de aluguel que argumenta que matar é muito importante para ele; é parte de sua concepção de bem estar e da pessoa que ele quer ser no presente e no futuro.³³⁴

A disputa aqui não é se o assassinato ou o roubo devem ser proibidos. É claro que devem. Não obstante, o projeto de vida de alguém é resultado do livre desenvolvimento de sua personalidade. Autonomia significa precisamente poder praticar atos que possam ser insignificantes para outros indivíduos ou para a sociedade em geral simplesmente porque um indivíduo deseja praticá-los.

³³¹ Para uma problematização da visão dicotômica que exclui *tout court* os atos ilícitos do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, cf. ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002. pp. 215-7

³³² DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011. p. 369

³³³ BARAK, Aharon. *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 514

³³⁴ MÖLLER, Kai. *The Global Model of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 72, n.r. 58

A liberdade de um povo mede-se pelas pequenas coisas, pelos detalhes. Direitos fundamentais não são conceitos passageiros, de fim de semana; eles devem estar presentes cotidianamente na vida de todos nós. Efetivamente, a finalidade de boa parte dos direitos fundamentais é delimitar uma área de livre desenvolvimento da personalidade.

No mundo atual – em que as fronteiras entre o privado-recluso e o público-exposto foram borradas ou quase apagadas –, a liberdade para realizar o trivial não pode ser subestimada. A liberdade para realizar atividades banais é uma das mais preciosas e indispensáveis garantias do cidadão. Um Estado que se imiscui nos pormenores, que controla o mais elementar da vida alheia, encontra-se a um passo de tornar-se totalitário: não necessariamente, porque se tornará uma ditadura; mas, na menos pior das hipóteses, porque pretende fazer-se onipresente, regulando tudo na vida de todos.

A liberdade garantida na Constituição não é flerte de final de semana, nem se limita a um período de férias; a liberdade garantida pela Constituição Federal está nas pequenas coisas; e assegura um espaço considerável de autodeterminação, dentro do qual cabe a cada um escolher, segundo os próprios projetos, a vida que irá levar.

Faria pouco sentido garantir constitucionalmente a liberdade, se a sociedade pudesse impor a todos um projeto coletivo que se estende até as filigranas. Quanto mais privada for a esfera regulada pela lei, tanto maior deverá ser a justificativa dessa regulação. Tomar de assalto a vida privada dos cidadãos, ditando-lhes regras referentes a escolhas íntimas, não é algo que

se possa fazer em um Estado de Direito. Há de haver limites; e eles não são poucos, nem podem ser facilmente colocados de lado.

Quanto mais delicada a área de intervenção no direito fundamental, tanto mais cuidadoso deverá ser o escrutínio de proporcionalidade a ser realizado pelos tribunais. Quando era obrigação do legislador ser mais contido, caberá aos tribunais serem mais ativos; analogamente, quando for maior a margem de conformação do legislador – e, em um Estado Democrático de Direito, esta é a regra –, caberá aos tribunais serem mais contidos.

Na maioria das matérias, o legislador possui ampla margem de ação, cabendo aos juízes apenas coibir excessos. Casos que envolvam atividades muito pessoais, porém, não são a regra, porquanto dizem respeito à intimidade e a escolhas personalíssimas dos cidadãos.

Ao avaliar a área de proteção de um direito, a neutralidade deve ser uma característica crucial. O valor moral de determinada conduta só deve ser avaliado ao julgar se há justificativa suficiente para se limitar tal direito. O Estado não pode ser completamente exonerado da responsabilidade de justificar os limites que impõe à autonomia dos indivíduos.³³⁵ Evidentemente, deve-se punir o matador de aluguel, cujo caso foi citado acima. Ao Estado, contudo, cabe o ônus de justificar a sanção, por mais óbvio que se possa parecer.

³³⁵ MÖLLER, Kai. *The Global Model of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012. pp. 77-8

A teoria externa também é superior à teoria interna no sentido de que ela separa claramente o estágio em que um direito é definido daquele em que suas limitações são justificadas.³³⁶ Os direitos de outros e os interesses públicos relevantes só são considerados na fase de justificação. A neutralidade parece enfatizar o argumento liberal de acordo com o qual as escolhas do agente devem ser respeitadas em algum grau, independentemente de quão perniciosas elas possam ser.³³⁷

Outra objeção que emerge instantaneamente da teoria interna é que a redução do conflito *de facto* entre dois ou mais direitos ou bens jurídicos constitucionais “(...) leva a um resultado interpretativo que deixa alguns aspectos da penumbra do direito fora de seu âmbito de proteção reconhecido.”³³⁸

A ideia de DWORKIN possivelmente funciona bem em casos que sejam claros ou óbvios, como roubo ou assassinado, mas é de pouca ou nenhuma ajuda em casos minimamente discutíveis. Isso a torna uma teoria impraticável, inexecutável e nada persuasiva, uma vez que “(...) uma teoria jurídica que não ajuda, ou não ajuda muito em casos de dúvida, não tem muita utilidade.”³³⁹

³³⁶ Em sentido semelhante, porém com enfoque sobre o paternalismo, cf. MÖLLER, Kai. *Paternalismus und Persönlichkeitsrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 2005. pp. 186ss.

³³⁷ MÖLLER, Kai. *The Global Model of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012. pp. 78-9

³³⁸ BARAK, Aharon. *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 514

³³⁹ ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 214

Suponhamos que alguém tenha prometido ir ao teatro com um amigo. Quando estava a caminho para encontrar esse amigo, a pessoa encontrou um estranho deitado na rua em uma poça de sangue. O exemplo parece dramático, ou até irreal, mas não precisa necessariamente sê-lo. O exemplo é útil por oferecer um caso em que uma promessa pode ser quebrada de forma justificável. Há de se considerar que é bastante sensato quebrar a promessa de ir ao teatro para possivelmente salvar a vida de alguém. Essa conclusão poderia ser alcançada tanto pelo teórico interno como pelo externo. Mas como exatamente?

O argumento principal aqui é que, segundo a teoria interna, não há sentido em dizer que uma pessoa se sente ou deveria sentir-se dividida entre manter a promessa e ajudar um estranho ferido que acabou de levar um tiro. Portanto, a teoria interna não requer o sopesamento de argumentos e contra-argumentos pró e contra ajudar o estranho. É possível chegar a essa conclusão simplesmente por reconhecer-se que em tais circunstâncias ninguém teria o dever de cumprir a promessa que foi feita. Em outras palavras, o trunfo estabelecido pela promessa nunca seria aplicável no caso do promitente encontrar um estranho jogado na rua minutos antes de realizar o que havia sido prometido.

O teórico externo, ao contrário, diria que a promessa ainda é vinculante, mas, considerando a situação extraordinária, há motivos mais que suficientes para colocá-la de lado e ajudar o estranho ferido. O teórico externo reconhece seu dever *prima facie* e estipula altos parâmetros antes que possa afastar essa obrigação. Além disso, o teórico externo efetivamente aumenta a

relevância do trunfo, porquanto nega que ele seja simplesmente inaplicável a determinados casos. O teórico externo força-se a dar razões consideráveis antes de colocar o trunfo de lado, independentemente de quão triviais e aparentemente óbvias as circunstâncias sejam ou possam ser.

O teórico interno também sopesa e avalia os diferentes interesses envolvidos, em alguma medida. Do contrário, como ele decidiria se uma promessa deve ou não ser mantida, ou se um trunfo é realmente definitivo ou não? Apesar disso, o teórico interno resolve esse conflito “de maneira velada”³⁴⁰, que “não pode mais ser rastreada.”³⁴¹ Em resumo, a teoria interna é irremediável e irreparavelmente afetada por uma deficiência argumentativa.

8) Dworkin, o Direito como integridade e as falhas do holismo

Outro problema da teoria de DWORKIN, intimamente relacionado ao caráter de trunfo que possuem os direitos fundamentais e ao sopesamento, é que ela é muito holística. Em outras palavras, “(...) não se pode determinar o que a liberdade exige sem também decidir que distribuição de propriedades e oportunidades demonstra tratamento igualitário para todos.”³⁴² Isso sugere que é impossível ter uma opinião sobre a liberdade sem analisar todos os problemas concretos que possam surgir da aplicação desse conceito. Se fosse assim, seríamos forçados a ter

³⁴⁰ KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 21

³⁴¹ KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 21

³⁴² DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011. p. 4

uma teoria completa e sem lacunas do direito e de todo o sistema jurídico para poder chegar a uma conclusão plausível em qualquer caso particular.

Antes que se possa efetivamente saber o que é liberdade de expressão, e antes que se possa adjudicar com base nesse direito fundamental, é necessário saber, de antemão, o que precisamente os seguintes conceitos significam, dentre muitos outros: liberdade, dignidade humana, devido processo legal substantivo e processual, proteção igualitária perante a, direito de propriedade, separação de poderes, liberdade de associação, liberdade religiosa, direito de petição, direito de manter e portar armas, e assim por diante. Seria preciso ter uma resposta para cada caso em particular que possa surgir, assim como uma clara definição de todos os direitos fundamentais, antes que se possa resolver qualquer disputa jurídica.

Nenhum desses direitos mencionados poderia sequer entrar em conflito entre si, de acordo com o argumento de DWORKIN. Portanto, seria necessário saber precisamente qual a abrangência de cada um deles com antecedência. Somente sob essa condição, não haveria sobreposição entre as diferentes áreas de incidência. Na verdade, não há motivo pelo qual também não seja necessário saber a exata abrangência de todos os outros direitos, vantagens ou conceitos legais concebíveis – e não apenas os constitucionais ou fundamentais.³⁴³

Seria preciso conhecer o alcance de absolutamente todos os direitos e conceitos do ordenamento jurídico para se

³⁴³ Para uma crítica semelhante, cf. SHAPIRO, Scott. *Legality*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011. pp. 301ss.

decidir sobre um caso envolvendo, em princípio, apenas um ou dois direitos fundamentais. Essa visão holística, intimamente atrelada à ideia de DWORKIN de “Direito como integridade”³⁴⁴, exige que o juiz analise praticamente todos os direitos com ou sem status fundamental antes de chegar a qualquer decisão. Isso demanda, de fato, esforços de um semideus, tal como Hércules, uma vez que pressupõe um tipo de onisciência que é humanamente inatingível.³⁴⁵ Além disso, os sistemas legais são de muitas maneiras incompletos e lacônicos. As soluções de muitos problemas precisam ser engendradas ou criadas; elas não são preexistentes.

Uma análise exauriente do sistema jurídico não só é improvável e muito difícil – se não for inviável –, como também esconde a maior parte das considerações do juiz antes de tomada a decisão. Além de tal análise ter, no mínimo, a tendência de continuar *ad infinitum*, ela também esconde, desde um ponto de vista argumentativo, as questões contenciosas e, em sua maioria, controversas quanto à delimitação da abrangência do direito fundamental.

Não devemos presumir que os direitos fundamentais são conceitos nítidos e evidentes, que a liberdade de expressão e o direito à privacidade, por exemplo, nunca entram em conflito. Como afirmou certa feita o *Justice* DAVID SOUTER, da Suprema Corte norte-americana, “[o]s termos explícitos da Constituição (...)

³⁴⁴ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986. pp. 176-275

³⁴⁵ cf., e.g., HABA, Enrique P. ‘Rehabilitación del no-saber en la actual Teoría del Derecho. El Bluff Dworkin’ (2001) 24 *Doxa*, 5–88, 23ss.

podem criar um conflito de valores aprovados, e os termos explícitos da Constituição não resolvem esse conflito quando ele aparece.”³⁴⁶ Consequentemente, “(...) uma escolha pode precisar ser feita, não pelo fato de a linguagem ser vaga, mas pelo fato de a Constituição representar os desejos do povo norte-americano, assim como da maioria dos povos, de ter tudo ao mesmo tempo. Queremos ordem e segurança, e queremos liberdade. E não queremos apenas liberdade, mas igualdade também. Esses conjuntos de desejos que temos podem entrar em oposição, e, quando isso ocorre, o tribunal é forçado a escolher entre eles, entre um bem fundamental e outro.”³⁴⁷

Não se pode duvidar racionalmente de que a Constituição não tem todas as respostas. Conflitos de direitos fundamentais são inevitáveis, considerando as disposições da maioria dos textos constitucionais do mundo. Da mesma forma, as Constituições não possuem, e nem poderiam possuir, um catálogo exaustivo contendo as soluções de todos os possíveis casos que possam surgir de colisão entre direitos fundamentais.³⁴⁸ Além disso, uma prioridade lexical absoluta entre direitos fundamentais também não é plausível. Isso violaria a unidade do texto constitucional e, o que é ainda mais importante, o fato de que todos os dispositivos constitucionais possuem a mesma hierarquia. Na maioria dos ordenamentos

³⁴⁶ SOUTER, David. ‘Harvard’s 359th Commencement remarks’ (2010) 124 *Harv. L. Rev.*, 429–36, 433.

³⁴⁷ SOUTER, David. ‘Harvard’s 359th Commencement remarks’ (2010) 124 *Harv. L. Rev.*, 429–36, 433.

³⁴⁸ ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 212

jurídicos, não se pode dizer que alguns direitos fundamentais preponderem (*trump*) sobre todos os outros direitos e bens jurídicos fundamentais.³⁴⁹

Um ponto importante que corrobora as críticas ora feitas a DWORKIN pode ser notado em seu livro publicado postumamente. No entanto, a fim de se compreender a questão de fundo, é necessário fazer uma pequena digressão jurisprudencial.

No que se refere à liberdade religiosa, a Corte Constitucional sul-africana não reconhece direito a eximir-se de proibições abstratas e gerais com base em crença. Essa também foi a posição adotada inicialmente pela Suprema Corte americana no caso *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon vs. Smith*, ocasião em que foi considerada constitucional lei estadual que negava benefícios a quem usasse a droga peiote, ainda que em ritual religioso.³⁵⁰ A decisão, tomada em 1990, gerou forte comoção social e fez com que o Congresso norte-americano editasse o *Religious Freedom Restoration Act of 1993*, cujo escopo era evitar sanções ou outras formas de *onera* àqueles que fazem uso de droga ilícita em virtude de crença religiosa.

Entretanto, em *Gonzáles v O Centro Espírita Beneficente União do Vegetal*, a Suprema Corte americana superou – ainda que parcial e implicitamente – a decisão proferida em *Employment Division v Smith*. Em *Gonzáles*, chegou-

³⁴⁹ Para uma rejeição *tout court* do sopesamento ou da atribuição de pesos em relação ao direito fundamental contra buscas e apreensões irrazoáveis (*unreasonable seizures*), cf. *Maryland v King*, 569 U.S. ____ (2013) (Scalia J., dissenting).

³⁵⁰ *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon vs. Smith*, 494 U.S. 872 (1990)

se à conclusão de que o interesse do governo de aplicar, uniformemente, as leis federais de combate às drogas (no caso sob exame, a ayahuasca) não justifica a limitação à liberdade religiosa. Destacou-se, em especial, que o próprio governo já estipulara exceções a essa regra para comunidades indígenas norte-americanas que faziam uso de substâncias alucinógenas como o peiote.³⁵¹

Diferentemente daquilo que a Suprema Corte americana fez no caso da ayahuasca, a Corte Constitucional sul-africana não criou qualquer exceção, com base em motivos religiosos, à proibição do uso de drogas ilícitas. Essa questão foi enfrentada no caso *Prince*. Nele, um bacharel em Direito teve negado o direito de tornar-se advogado pela *South African Law Society*, por causa de duas condenações prévias por posse de maconha. O bacharel afirmou que continuaria a fazer uso da droga como parte de sua prática religiosa, já que era membro da religião rastafári.³⁵² Alegou, igualmente, que a proibição legal era excessivamente ampla, sem admitir qualquer exceção com fulcro em crenças religiosas, muito embora houvesse autorização para o uso da cânabis em pesquisas científicas e no tratamento de doentes.

A Corte Constitucional sul-africana decidiu que conceder exceção com base em crença religiosa implicaria o esvaziamento da proibição criminal, já que qualquer um poderia alegar reserva de consciência para evitar ser punido por uso de

³⁵¹ *Gonzáles v O Centro Espírita Beneficente União do Vegetal*, 544 US 973 (2005)

³⁵² *Prince v President of the Law Society of the Cape of Good Hope and Others*, 2001 (2) SA 388; 2001 (2) BCLR 133, par. 177.

drogas ilícitas.³⁵³ Embora o argumento primordial da Corte sul-africana seja de ordem consequencialista e pragmática – porquanto se alega que qualquer exceção inviabilizaria o combate às drogas –, o próprio Estado sul-africano já criara hipóteses relacionadas ao combate de doenças em que o uso da maconha é permitido.

Em seu livro póstumo, intitulado *Religion without God*, RONALD DWORKIN concorda com a primeira decisão da Suprema Corte americana, em que se negou exceção à proibição do uso do peiote com base em crença religiosa, e critica o *Religious Freedom Restoration Act*.³⁵⁴ DWORKIN defende que a liberdade religiosa não pode ser compreendida plausivelmente como um trunfo, na acepção forte do termo. Ela não seria um direito fundamental, como a liberdade de expressão, por exemplo; mas apenas um desdobramento da independência ética de cada indivíduo.

Daí afirmar-se que é possível limitar a religião com base em alguns motivos, porém não em outros. Isso não significa, entretanto, que a liberdade religiosa seja um direito fundamental ou um trunfo, porque, se o fosse, não poderia ser limitada em praticamente nenhuma situação, nem mesmo se ficasse provado que isso impediria danos às outras pessoas.³⁵⁵ Afinal, segundo DWORKIN, só pode ser trunfo o direito que envolva interesse individual tão importante que não possa ser colocado de lado,

³⁵³ *Prince v President of the Law Society of the Cape of Good Hope and Others*, 2001 (2) SA 388; 2001 (2) BCLR 133, par. 129-30, 134.

³⁵⁴ DWORKIN, Ronald. *Religion without God*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2013. p. 134

³⁵⁵ DWORKIN, Ronald. *Religion without God*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2013. p. 131

nem mesmo quando isso geraria resultados melhores para um maior número de pessoas. Trata-se, consoante visto na Seção 2 desta Parte III, *supra*, de uma forma de ordenação lexical ou de uma “prioridade do certo sobre o bom”.³⁵⁶

Presumidamente, DWORKIN concordaria com a decisão proferida pela Corte Constitucional sul-africana no caso *Prince*. Contudo, será plausível afirmar que a liberdade religiosa não é um direito fundamental? Esse fato é certamente consequência da visão peculiar de DWORKIN, que adota uma teoria interna e holística dos direitos fundamentais. Aliás, resta claro que a teoria externa aumenta a proteção dos direitos fundamentais, já que o absolutismo da teoria interna levou, no caso de DWORKIN, a que todo um direito fundamental – a liberdade religiosa – sofresse simplesmente o que se pode denominar de *capitis diminutio maxima* (!), perdendo o direito em questão a sua própria condição jusfundamental.

O fato de a teoria externa enfatizar o que está em risco e tornar o processo decisório mais transparente e responsável torna-a preferível à teoria interna. Ambas seriam igualmente plausíveis se levarmos em consideração apenas o fato de o resultado final poder ser o mesmo. Mas se assumirmos que o juiz age de boa fé, a teoria externa certamente impõe maior ônus de argumentação, o que potencializa a proteção oferecida aos direitos fundamentais.

³⁵⁶ DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011. pp. 329, 367ss.; Sobre a ordenação lexical, cf. RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993. pp. 173ss.

9) Promessas, razões excludentes e a importância dos interesses públicos no sopesamento

Em sua essência, a tese desta Parte III assemelha-se à de DENISE MEYERSON. Esta autora argumentou contra a “(...) suposição de que direitos são meramente um fator a ser sopesado em nível primário contra outros fatores.”³⁵⁷ Ela acrescenta que “(...) ao justificar o sopesamento dos motivos, os tomadores de decisão atribuem a todas as razões o peso que eles acham que elas de fato merecem.”³⁵⁸

Contudo, segundo MEYERSON, quando tratamos de direitos fundamentais, é necessário adotar um sopesamento de razões com diferentes pesos, o que significa que “(...) alguns motivos primários recebem artificialmente um peso diferente do peso que eles normalmente receberiam.”³⁵⁹

Como mostrado na seção 5, desta Parte III, atribuir uma “vantagem prévia” aos trunfos quando eles são colocados em questão é uma maneira adequada de adotar a proposta de MEYERSON de um “(...) sopesamento de razões com diferentes pesos.”³⁶⁰ Como ela observa, esse modelo implica reconhecer que os trunfos são, até certo ponto, “motivos excludentes”, uma vez que eles “(...) instruem juízes a não exercer seus próprios

³⁵⁷ MEYERSON, Denise. ‘Why Courts Should Not Balance Rights against the Public Interest’ (2007) 31 *Melbourne University Law Review*, 801–830, 882.

³⁵⁸ MEYERSON, Denise. ‘Why Courts Should Not Balance Rights against the Public Interest’ (2007) 31 *Melbourne University Law Review*, 801–830, 882.

³⁵⁹ MEYERSON, Denise. ‘Why Courts Should Not Balance Rights against the Public Interest’ (2007) 31 *Melbourne University Law Review*, 801–830, 883.

³⁶⁰ MEYERSON, Denise. ‘Why Courts Should Not Balance Rights against the Public Interest’ (2007) 31 *Melbourne University Law Review*, 801–830, 883.

juízos quanto às condições necessárias para o sopesamento de razões, mas, ao invés disso, a atribuir um peso maior aos direitos e um peso menor ao interesse público do que eles normalmente considerariam que eles merecem.”³⁶¹

Tal abordagem tem a importante vantagem de reconhecer que “(...) as declarações de direitos fundamentais não excluem a consideração do interesse público”, enquanto institui simultaneamente “(...) sobre a adjudicação de direitos uma ‘tendenciosidade sistemática’ contra a permissão do tolhimento de direitos.”³⁶² Esse fato é ainda mais relevante se aceitarmos que a decisão democrática não deve ser comprimida a um mínimo de tal forma que apenas uma única resposta certa seja constitucionalmente admissível.³⁶³ O legislador não pode – ao menos na grande maioria dos casos – ser esmagado por uma “braçadeira constitucional”.³⁶⁴

O sopesamento pode, por exemplo, incorporar a ideia da Constituição como ordem-moldura³⁶⁵, o que significa que os

³⁶¹ MEYERSON, Denise. ‘Why Courts Should Not Balance Rights against the Public Interest’ (2007) 31 *Melbourne University Law Review*, 801–830, 883.

³⁶² MEYERSON, Denise. ‘Why Courts Should Not Balance Rights against the Public Interest’ (2007) 31 *Melbourne University Law Review*, 801–830, 883.

³⁶³ ALEXY, Robert. ‘Diskussionsbeitrag’ (2002) 61 *VVDStRL*, 216–19, 216; MÖLLER, Kai. *The Global Model of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 118

³⁶⁴ Em sentido análogo, cf. o trecho do voto dissidente de BRUN-OTTO BRYDE em BVerfGE 121, 317 (380) (Rauchverbot in Gaststätten)

³⁶⁵ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. ‘Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik’ (1990) 29 *Der Staat*, 1–31; BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang (1976). ‘Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik’, in *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht: Aufsätze von Ernst-Wolfgang Böckenförde*. Frankfurt am Main:

direitos fundamentais estabelecem uma *proibição de meios insuficientes* e uma *proibição de meios excessivos*;³⁶⁶ dessa forma, o sopesamento institui os limites externos da ação do Estado. Qualquer coisa dentro da moldura é uma questão a ser decidida de acordo com a margem de conformação ou apreciação do legislador, enquanto qualquer coisa fora dela, seja excessiva ou insuficiente, é considerada inconstitucional.

Essa perspectiva fornece uma maneira de se compreenderem os direitos fundamentais como trunfos. Dessa forma, elucida-se a similaridade conceitual entre direitos fundamentais e promessas, que foi brevemente analisada na Seção 6 desta Parte III, *supra*. A semelhança está no fato de que ambas constituem motivos excludentes. Apesar disso, tais motivos excludentes não sobrepujam quaisquer outros motivos; apenas alguns.

Tentou-se mostrar, nesta Parte III, que a melhor forma de se compreender essa característica dos trunfos é pela incorporação do sopesamento, de tal forma que os trunfos tenham um peso abstrato maior que os interesses públicos ordinários. Dessa forma, podemos concordar com AHARON BARAK, quando este diz que “(...) a componente da proporcionalidade

Suhrkamp, 2006; ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 390ss.

³⁶⁶ ISENSEE, Josef. ‘Das Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht’, in ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul. *Handbuch des Staatsrechts*. 2.Auf. Heidelberg: C.F. Müller, vol. V, 2000. pp. 218ss., 231ss.; KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 75ss., 85ss., 108; KLATT, Matthias. ‘Positive Obligations under the European Convention on Human Rights’ (2011) 71 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 691–718.

stricto sensu [sopesamento] pode muito bem incorporar as noções de ‘direitos como trunfos’, ou ‘direitos como muros de proteção’.”³⁶⁷

Vale notar que se pesos abstratos forem adotados no sopesamento, como foi proposto por MATTHIAS KLATT e endossado pelo autor deste trabalho, a distinção de MEYERSON entre níveis primário e secundário torna-se supérflua. O resultado pretendido – atribuir menor importância ao interesse público – é alcançado com um método mais simples. O sopesamento também pode operar de uma maneira que atribua um peso maior aos trunfos e às preocupações “não-consequencialistas”³⁶⁸.

DWORKIN deixa de perceber que, com respeito ao sopesamento, não se trata apenas de calcular o aumento da utilidade geral causada por determinado ato. Na maioria dos casos, não é disso que se cuida. Em casos que envolvam direitos fundamentais, a questão principal consiste em aferir que interesses fundamentais ou argumentos podem ser tão fortes ou relevantes a ponto de sobrepujar um trunfo. Essas considerações não precisam estar associadas a um contexto utilitarista. A utilidade geral não é a única coisa a ser sopesada. Mas em muitos casos, como se buscou demonstrar, mesmo DWORKIN aceita que as consequências de uma medida têm um papel a desempenhar quando um trunfo está em discussão.

³⁶⁷ BARAK, Aharon. *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 490

³⁶⁸ Adotamos “não-consequencialista” basicamente da mesma forma que: KAMM, F. M. *Intricate Ethics: Rights, Responsibilities and Permissible Harm*. New York: Oxford University Press, 2007. pp. 1-47

O choque entre diferentes direitos fundamentais sempre exigirá uma solução de sopesamento. Esconder a existência do conflito apenas servirá para ocultar o processo deliberativo que ocorreu. O sopesamento pode ser útil para estruturar algumas regras gerais sobre o que é necessário para se colocar um trunfo de lado. É um método racional e argumentativo, utilizado para atribuir pesos a argumentos e contra-argumentos, assim como para avaliar a relação entre os meios e fins envolvidos.

Leia-se, a propósito, o que afirmaram MATTHIAS KLATT e MORITZ MEISTER:

Apenas o modelo de sopesamento força o juiz a colocar suas cartas na mesa e a declarar claramente se ele pensa que uma ou outra (interferência em um direito humano ou fundamental) é considerada leve, moderada ou séria, e, o que é ainda mais importante, quais são os fundamentos usados para embasar essas avaliações.³⁶⁹

O sopesamento torna-se ainda mais importante quando constatamos que a chamada teoria externa pode ampliar a transparência e racionalidade de uma decisão.³⁷⁰ Ela pode contribuir para a responsabilidade jurídica de um juiz, pois força-o a listar fundamentos suficientemente importantes e poderosos para levá-lo a demover um trunfo.

³⁶⁹ KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012. pp. 65-6

³⁷⁰ KAHL, Wolfgang. 'Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt', (2004) 43 *Der Staat*, 167-202, 189-90.

Se uma teoria interna for adotada, teremos razões sólidas para pensar que os juízes continuarão a criar exceções aos trunfos, uma vez que isso seria inevitável; contudo, através da delimitação da abrangência de determinado direito, os juízes teriam que encontrar maneiras opacas, não-transparentes e muitas vezes furtivas de fazê-lo. Essa é a única opção disponível se os trunfos forem considerados insuperáveis.

Por outro lado, se aceitamos que os trunfos admitem exceções, será vantajoso dispor de um arcabouço jurídico e argumentativo que nos ajude a esclarecer os fundamentos das decisões que reconhecem tais exceções. Eis exatamente o que o sopesamento oferece. O sopesamento por si só não torna os trunfos mais fracos ou mais confusos. Ao invés, estabelece alguns critérios mais claros, ao mesmo tempo em que permite avaliar quais são as exceções a determinado trunfo. Quando os direitos são trunfos, sua limitação deve ser colocada sob forte escrutínio. O sopesamento fornece a estrutura para que isso aconteça.

10) Sopesamento, tutela dos direitos fundamentais, confiabilidade dos resultados e lógica formal

MOSHE COHEN-ELIYA e IDDO PORAT enfatizaram que a proporcionalidade possui até hoje uma recepção muito favorável na Alemanha, onde é associada com uma “cultura de justificação”, enquanto o oposto ocorre para o sopesamento nos Estados Unidos, onde uma “cultura de autoridade” teoricamente prevalece. Além disso, os autores argumentam que a cultura política e jurídica da Europa moldou a proporcionalidade como intrínseca ao *Rechtsstaat*, à responsabilidade jurídica do Estado e

à conquista de valores compartilhados, enquanto nos Estados Unidos uma cultura política e jurídica baseada na suspeita e desconfiança moldou o sopesamento em termos mais instrumentais e pragmáticos.³⁷¹

Admitimos que tal análise jurídico-sociológica pode estar certa, mas somente porque o sopesamento permite diferentes níveis de proteção. Ele pode, de fato, ser usado para fortalecer ou enfraquecer direitos fundamentais, no sentido de admitir mais ou menos exceções a eles. O que o sopesamento faz em qualquer dos cenários é aumentar o ônus de argumentação, tornando o processo de tomada de decisões mais transparente. Não se garantem resultados, seja em um sentido, seja em outro. Portanto, o sopesamento não é mais do que uma estrutura de trabalho ou um arcabouço, em grande parte desprovido de conteúdo.

Porém, organizar o *input* da argumentação e estruturar os “argumentos externos”, designadamente aqueles que justificam ou refutam a limitação válida de um direito fundamental, são duas grandes vantagens que o sopesamento oferece. O sopesamento não produz, *ipso facto*, uma proteção mais sólida dos direitos fundamentais. Mas, se usado corretamente, ele pode ser um instrumento muito importante para alcançar essa importante meta. Na verdade, é a ferramenta mais racional elaborada até hoje para alcançar tal desiderato.

Se o sopesamento permite diferentes níveis de proteção, a pergunta a ser feita é a seguinte: Quanta proteção

³⁷¹ COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. *Proportionality and Constitutional Culture*. New York: Cambridge University Press, 2013. pp. 24ss., 44ss., 111ss.

queremos dar aos direitos fundamentais? O objetivo inerente à noção de direito fundamental é estabelecer parâmetros mais altos, dificultando que o Estado sobrepuje alguns direitos básicos ao pretexto de promover interesses públicos ou coletivos.

Se isso for verdade, devemos dar aos direitos fundamentais uma “vantagem prévia” quando os interesses públicos estiverem em xeque. Devemos aceitar que os direitos fundamentais possuem certa prioridade, que pode ser sobrepujada apenas em circunstâncias particularmente especiais. Do contrário, não haveria sentido de tais direitos sequer existirem.

Os direitos fundamentais consistem em um compromisso prévio com determinados valores que colocam de lado argumentos assentados na troca de vantagens utilitaristas (*trade-off arguments*), que geralmente seriam aceitos em outras circunstâncias. Todavia, os trunfos não são motivo suficiente para excluir *tout court* os argumentos em favor do interesse público. Portanto, nenhum trunfo é um trunfo de ás (ou seja, invencível ou insuperável). Os trunfos sujeitam-se a emergências, ou a quaisquer outras exceções impostas pela racionalidade. O sopesamento é a maneira mais adequada de se descobrirem quais exceções são essas.

O sopesamento estrutura o processo argumentativo. Ele não resolve problemas morais; tampouco fornece uma ou mais respostas certas. A solidez moral ou jurídica do resultado obtido através do sopesamento depende do peso atribuído aos interesses conflitantes. Portanto, o sopesamento não fornece explicações de que peso deve ser dado à liberdade de expressão

ou ao direito à privacidade. Ele apenas oferece uma estrutura que levará a uma conclusão correta (*output*), se as premissas escolhidas (*input*) estiverem corretas.

E como se devem atribuir pesos aos valores ou direitos fundamentais? Exatamente como se faz tudo no Direito: por meio da argumentação. Adotar a proporcionalidade ou, o que é ainda mais relevante, o sopesamento – que é o passo final da máxima da proporcionalidade – não tornará a argumentação menos controversa ou questionável. Será necessário reunir argumentos que mostrem, por exemplo, que a liberdade de expressão é essencial à democracia ou ao respeito à autonomia individual, e assim por diante, e que essas especificidades constituem motivos para atribuir-lhe determinado peso, consoante se tentou fazer nas Seções 2 e 5 desta Parte IV, *infra*.

Em muitos aspectos, o sopesamento assemelha-se à lógica formal.³⁷² Na lógica, estudam-se argumentos válidos, nomeadamente a passagem, por meio de inferência lógica, de certas premissas até uma determinada conclusão. *Mutatis mutandis*, isso é verdade tanto da lógica clássica quanto das não-clássicas. Um argumento é válido se a verdade das premissas for suficiente para garantir, forçosamente, a verdade da conclusão. A questão é estabelecer uma conexão entre as premissas e a conclusão, *salva veritate* – não importando, para este raciocínio, o quão diferente possa ser o conceito de verdade de que se parte.

³⁷² Especificamente, o sopesamento parece assemelhar-se sobretudo à lógica formal clássica. Essa afirmação é, porém, questionável, pois muitas das lógicas formais não-clássicas (lógica intuicionista, p.ex.) buscam argumentos válidos no sentido usual do termo. Sobre as lógicas não-clássicas, cf. PRIEST, Graham. *An Introduction to Non-Classical Logic*. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

Além disso, existem muitos argumentos válidos que são incorretos ou infundados. Eis um exemplo comezinho:

- (1) Todos os chineses são franceses
- (2) Todos os franceses são brasileiros
- (3) ∴ Todos os chineses são brasileiros

Esse argumento ilustra o que parece ocorrer tanto com a lógica quanto com o sopesamento. As premissas (1) e (2) são falsas, mas não podemos obter tal conhecimento a partir de nossos estudos de lógica. A verdade das premissas não é uma preocupação da argumentação lógica, embora a relação entre as premissas e a conclusão seja. Na realidade, se (1) e (2) fossem verdadeiras, (3) seria necessariamente verdadeira. A validade do argumento é diferente de sua acurácia ou correção.³⁷³ Algo similar acontece no caso do sopesamento de direitos fundamentais.

Para que possamos afirmar que o resultado do sopesamento de dois direitos é correto, é necessário apoiar-se, em derradeira instância, no peso atribuído aos direitos fundamentais colidentes, assim como às interferências em tais direitos. Cada perquirição acerca da proporcionalidade de uma medida pressupõe uma argumentação moral, o que só pode gerar resultados corretos, se as premissas jurídicas ou morais forem

³⁷³ PAPINEAU, David. *Philosophical Devices: Proofs, Probabilities and Sets*. Oxford: Oxford University Press, 2012. pp. 137ss.; WALTON, Douglas. *Informal Logic: A Pragmatic Approach*. 2nded. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. pp. 136ss.

procedentes.³⁷⁴ Portanto, o escrutínio da verdade das premissas é necessário, visto que o sopesamento não é nada além de um arcabouço, de uma estrutura formal.

Dizer que todos os chineses são brasileiros é um absurdo, por motivos externos ao raciocínio exposto acima, o que não impede o raciocínio transcrito acima de ser internamente consistente. Outrossim, o sopesamento pode apoiar-se em argumentos internos irrefutáveis e, ainda assim, ser manifestamente infundado desde argumentos externos. Por si só, o sopesamento é um método racional, analogamente à argumentação lógica, o que obviamente não significa que ele seja infalível, se considerarmos que infalível significa que os resultados do sopesamento serão sempre corretos.

Quanto ao mérito, a plausibilidade do resultado da proporcionalidade não depende do sopesamento em si; ela depende dos argumentos que justificam o peso atribuído aos interesses conflitantes em questão. O paralelo com a lógica formal é mais do que trivial: também na lógica, é possível enxergar um argumento desde um ponto de vista interno (e sintático) e desde um ponto de vista externo (e semântico).

Na esfera sintática, a tarefa do lógico restringe-se a determinar se é possível derivar, por meio das regras de inferência, uma dada conclusão a partir das premissas assumidas como verdadeiras. Não se questiona propriamente a verdade das proposições. No plano semântico, analisa-se se a verdade das premissas garante a verdade da conclusão. Ou seja:

³⁷⁴ KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. ‘Verhältnismäßigkeit als universelles Verfassungsprinzip’ (2012) 51 *Der Staat*, 159–188, 170.

se as premissas forem verdadeiras, a conclusão necessariamente o será? É sob esse pano de fundo que as provas de correção ou solidez (*soundness*) e de completude (*completeness*) dos sistemas lógicos revelam-se tão importantes.³⁷⁵

Se um sistema lógico é correto ou sólido (*sound*), todas as suas regras de inferência preservam a verdade das premissas. Ou seja: nenhuma regra de inferência nos levará do verdadeiro ao falso. A lógica formal, todavia, não garante – e nem poderia garantir – a verdade das premissas; e nem nos levar do falso ao verdadeiro. Assim, partindo-se do falso, nenhuma garantia é oferecida. *Ex falso quodlibet*.

Por outro lado, o sistema lógico será completo, se houver uma prova (sintática, portanto) para todos os raciocínios semanticamente verdadeiros. As provas de correção e completude unem as esferas sintática e semântica da lógica formal clássica, fazendo-as coincidir.

Conforme indicado acima, MATTHIAS KLATT e VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA notaram certas semelhanças entre a lógica formal e o sopesamento, mas nenhum jurista até hoje – ao que nos consta – buscou demonstrar a correção e a completude do sopesamento.³⁷⁶ O tema está a merecer maior atenção. Por um lado, não parece simples provar a completude do sopesamento,

³⁷⁵ PAPINEAU, David. *Philosophical Devices: Proofs, Probabilities and Sets*. Oxford: Oxford University Press, 2012. pp. 149-51.

³⁷⁶ Sobre as provas de correção e completude em geral, cf. HUNTER, Geoffrey. *Metalogic: An Introduction to the Metatheory of Standard First Order Logic*. University of California Press, 1996; BOOLOS, George; JEFFREY, Richard. *Computability and Logic*. 5thed. Cambridge: Cambridge University Press, 2007; KAYE, Richard W. *The Mathematics of Logic: A Guide to Completeness Theorems and their Applications*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

pois sua estrutura deveria ser universal³⁷⁷ a ponto de que todo argumento jurídico verdadeiro pudesse ser decomposto em um sopesamento. Será o sopesamento efetivamente completo em termos lógicos?³⁷⁸ A resposta certamente não se afigura óbvia.³⁷⁹ Prova tão abrangente fugiria para além da devida abrangência deste trabalho.

Porém, a correção do sopesamento parece intuitiva, pelo menos quando colidem apenas um direito fundamental e um objetivo almejado. Suponhamos o seguinte sopesamento, simultaneamente válido e implausível: a polícia deseja liberar uma via ocupada por manifestantes. Para tanto, objetiva assegurar o direito de automóveis trafegarem na respectiva via.

Os policiais envolvidos decidem que a melhor maneira de atingir seu objetivo é atirar contra os manifestantes,

³⁷⁷ MATTHIAS KLATT defende precisamente que o sopesamento é uma estrutura universal, embora nunca tenha oferecido prova da completude do sopesamento. A respeito, cf. KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. ‘Verhältnismäßigkeit als universelles Verfassungsprinzip’ (2012) 51 *Der Staat*, 159–188; KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. ‘Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Ein Strukturelement des globalen Konstitutionalismus’ (2014) 54 *JuS*, 193–199 [trad. port. KLATT, Matthias. ‘A máxima da proporcionalidade: um elemento estrutural do Constitucionalismo global’ (trad. João Costa Neto) (2014) 7 *Observatório da Jurisdição Constitucional* 23–41].

³⁷⁸ Existem algumas sutis diferenças entre completude de um sistema lógico e completude de um sistema teórico. Este último conceito foi derivado do primeiro; em certa medida, ambos são análogos. Os respectivos pormenores não alteram o raciocínio esboçado, mas podem ser encontrados em: PAPINEAU, David. *Philosophical Devices: Proofs, Probabilities and Sets*. Oxford: Oxford University Press, 2012. pp. 166-169

³⁷⁹ Para ilustrar o caráter hercúleo normalmente envolvido nas provas de completude, basta lembrar, por exemplo, que a completude da lógica de predicados de 1ª ordem só foi provada, por KURT GÖDEL, em 1929: GÖDEL, Kurt. ‘Die Vollständigkeit der Axiome des logischen Funktionenkalküls’ (1930) 37 *Montatshefte für Mathematik und Physik*, 349–360.

eventualmente matando alguns deles. Se um aplicador do Direito atribui peso leve ao direito fundamental à vida e peso sério ao objetivo fomentado (assegurar o trânsito de automóveis na via obstruída), concluirá que a medida é proporcional em sentido estrito.

O exemplo demonstra que é possível sopesar de maneira implausível – senão absurda. Da mesma forma que acontece com qualquer tipo de argumentação, a argumentação jurídica também pode ser usada absurdamente (ou abusada!). A vantagem do sopesamento não consiste em ser “indeturpável”; nenhum método argumentativo o é. A vantagem do sopesamento consiste em expor mais claramente o erro do raciocínio jurídico. Ganham-se racionalidade e transparência. O simples uso da estrutura formal do sopesamento já evidencia o erro do argumento dos policiais no exemplo delineado acima: atribuir peso leve ao direito fundamental à vida e peso sério ao objetivo dos policiais.

Registre-se ainda que, se as premissas de que partiram os policiais e o aplicador do Direito fossem verdadeiras, a conclusão forçosamente o seria também. O problema não está na forma do sopesamento – que só aumenta a racionalidade e a transparência do processo argumentativo –, mas sim no conteúdo das premissas pressupostas por aqueles que fizeram uso do método.

Separar a perspectiva interna (sintática, portanto) da perspectiva externa (semântica, portanto) caracteriza a lógica formal. O sopesamento é, portanto, análogo à lógica formal.

Impõe-se notar, por conseguinte, que o sopesamento pode realmente garantir a verdade da conclusão, desde que as premissas sejam verdadeiras. A solução jurídica será desenvolvida de forma plausível a partir das premissas aceitas – as quais terão que ser obrigatoriamente colocadas sobre a mesa, de maneira transparente.

A estruturação dos argumentos na forma de um sopesamento explicita melhor as premissas adotadas. O ponto principal deixa de ser apenas a conclusão do argumento, pois passa-se a focar as premissas do raciocínio.³⁸⁰

Faz, portanto, pouco sentido alegar que “(...) o sopesamento é problemático, uma vez que é possível que uma pessoa avalie a interferência como leve enquanto outra pode avaliar a mesma interferência como moderada. O desacordo é ubíquo e onipresente na argumentação jurídica e não faria sentido algum esperar que o sopesamento ou a proporcionalidade pudessem fazê-lo desaparecer.”³⁸¹

Com isso, as críticas de que premissas erradas levam a conclusões erradas e de que o sopesamento não produz respostas algorítmicas a problemas constitucionais não são significativas, razão pela qual devem ser rejeitadas.

11) Conclusões preliminares

³⁸⁰ Em sentido semelhante, cf. KUMM, Mattias. ‘The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review’ (2010) 4 *Law and Ethics of Human Rights*, 142–175.

³⁸¹ AFONSO DA SILVA, Virgílio. ‘Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision’ (2011) 31 *Oxford Journal of Legal Studies*, 273–301, 291-2.

Mostrou-se que é possível chegar exatamente às mesmas conclusões quanto a determinado direito fundamental partindo dos pontos de vista de DWORKIN ou ALEXI. Ambos poderiam concordar com relação a exatamente as mesmas exceções ao cumprimento de uma promessa, ou poderiam defender exatamente o mesmo conteúdo para a liberdade de expressão ou o processo legal devido, etc. A principal diferença, entretanto, reside no processo de argumentação com que cada um chegaria a tais conclusões.

Os trunfos admitem exceções. Nenhum direito fundamental é absoluto; nenhum trunfo é um trunfo de às (isto é, invencível ou insuperável). Tentou-se demonstrar nesta Parte III que para descobrir que exceções são essas é mais plausível adotar-se tanto o sopesamento como a teoria externa. Particularmente em casos em que é mais difícil tomar decisões, em que a questão quanto à abrangência de um direito ou quanto às suas limitações admissíveis possa não estar tão clara desde um ponto de vista argumentativo, é muito mais interessante que a teoria externa seja adotada.

A teoria do direito de DWORKIN apresenta graves falhas ao pressupor que os direitos fundamentais são – ou poderiam ser – conceitos nítidos e claros que nunca entram em conflito ou oposição entre si. Subentende-se da abordagem de DWORKIN que uma teoria do direito completa e sem lacunas seria necessária para a adjudicação de um caso envolvendo, em princípio, um único direito fundamental. Seria necessário conhecer a abrangência de todos os direitos fundamentais e não-fundamentais de antemão, uma vez que eles não podem

sobrepôr-se uns aos outros. A rejeição de tal tese leva-nos a reconhecer que é necessário que exista uma maneira para se descobrir que exceções são admitidas aos trunfos. O sopesamento é a resposta; ele oferece-nos uma maneira racional e transparente para aumentar o ônus de argumentação, de forma que seja mais difícil sobrepujar um trunfo, e isso exige que os conflitos entre valores fundamentais sejam evidenciados e publicamente escrutinizados.

Observe-se que os pesos atribuídos aos direitos fundamentais não devem estar exatamente no mesmo nível que aqueles atribuídos a outros interesses relevantes. É uma peculiaridade de sua razão de ser que os direitos fundamentais tenham um maior peso que direitos, interesses ou valores ordinários. Os direitos fundamentais são motivos excludentes. Portanto, embora os direitos fundamentais não excluam todos os motivos possíveis para uma determinada ação, eles excluem alguns desses motivos. Isso é precisamente o que as promessas e os direitos fundamentais têm em comum: ambos são trunfos e, conseqüentemente, são motivos excludentes.

Uma vez que o sopesamento nos oferece diferentes níveis de proteção, é mais plausível atribuir aos trunfos uma “vantagem prévia” quando eles forem sopesados em face de outros valores fundamentais. Essa abordagem atribui um peso maior aos direitos fundamentais, o que não significa que eles não possam ser sobrepujados por alguma consideração baseada no interesse público. Portanto, a distinção feita por DENISE MEYERSON entre os níveis primário e secundário torna-se supérflua. O

resultado pretendido – atribuir menor importância ao interesse público – é alcançado por meio de um método mais simples.

Da mesma forma, “(...) não há nada na metodologia da proporcionalidade que contradiga a tradição democrática antiperfeccionista e anticoletivista. A proporcionalidade é um arcabouço jurídico que deve ser preenchido com o conteúdo relevante. Ela permite diferentes níveis de proteção.”³⁸² O sopesamento é um processo lógico, no sentido de que estabelece uma relação de inferência entre as premissas e a conclusão envolvidas.

A verdade das premissas sempre dependerá de fatos que são externos ao sopesamento. É impossível afirmar que o resultado do sopesamento de dois direitos está correto sem antes avaliar a acurácia do peso assinalado aos direitos ou valores fundamentais conflitantes, assim como do peso atribuído às interferências sobre tais direitos ou valores. É necessário submeter a verdade das premissas a um escrutínio, uma vez que o sopesamento não é nada além de um arcabouço ou estrutura de trabalho argumentativo.

Por si só, o sopesamento é racional, similarmente à argumentação lógica, mas a confiabilidade do resultado depende, no fim das contas, do peso conferido aos interesses fundamentais em questão. Assim como um argumento pode ser válido, mas não ser correto e nem sensato, o sopesamento pode ser válido

³⁸² BARAK, Aharon. *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. pp. 489-90; Para uma defesa dessa visão desde um ponto de vista um pouco diferente, cf. BARAK, Aharon. ‘Proportionality’, in ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. pp. 750ss.

internamente, mas ser externamente falho. Ele será válido se os resultados forem necessariamente derivados das premissas adotadas, mas só será sólido e correto se as premissas forem realmente verdadeiras.

Parte IV – Os diferentes níveis de intensidade ou densidade (*Kontrolldichten; standards of review*) da jurisdição constitucional aplicados ao direito fundamental à liberdade de expressão

1) Os diferentes níveis de intensidade da jurisdição constitucional: noções gerais a partir das experiências alemã e norte-americana

No direito norte-americano, desenvolveu-se, de maneira abrangente e detalhada, uma teoria acerca dos níveis de intensidade do controle judicial exercido sobre leis e atos administrativos (*judicial review*). Basicamente, há três níveis de intensidade do controle judicial da constitucionalidade das leis: *strict scrutiny*, *intermediate scrutiny*; *rational basis review*.

A cada um dos três graus, corresponde uma margem de conformação ou discricionariedade que é concedida ao legislador ou ao administrador público. Por via de consequência, quão maior for a margem de conformação, tanto maior será a deferência do Poder Judiciário perante o Executivo ou o Legislativo.

Desde logo, assinale-se que a metodologia dos níveis de intensidade é amplamente aceita e adotada nos Estados Unidos, posto que os *Justices* THURGOOD MARSHALL e JOHN PAUL STEVENS, por exemplo, tenham manifestado opiniões contrárias à rigidez do modelo.³⁸³ A partir de um exemplo baseado nas

³⁸³ *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976) (Stevens, J., concurring); *City of Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc.*, 473 U.S. 432 (1985) (Marshall, J., dissenting);

chamadas “classificações suspeitas”³⁸⁴, LAURENCE TRIBE e MICHAEL C. DORF assim resumiram a posição do *Justice STEVENS* contra o modelo de “categorização”:

Justice Stevens’s point is that the degree to which a classification is suspect should vary with the purpose to which the classification is put. For instance, gender should not be a suspect classification when used for segregating public rest rooms, although it should be suspect when used as a basis for denying job opportunities.³⁸⁵

Em síntese, critica-se a rigidez do modelo. Casos envolvendo o mesmo direito podem, ou não, exigir o mesmo grau de intensidade do controle judicial. Essa objeção será devidamente enfrentada na Seção 3 da Parte IV, *infra*.

Na Alemanha, conquanto existam os níveis de intensidade³⁸⁶, a rigidez e a efetiva utilização desses conceitos são bem menos conspícuas do que no direito norte-americano, mormente no que diz respeito ao direito constitucional.³⁸⁷

CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law: Principles and Policies*. 4thed. Austin: Aspen Publishers, 2011. p. 721

³⁸⁴ Na interpretação da 14^a Emenda à Constituição americana, “classificação suspeita” é a diferenciação baseada em critérios tipicamente discriminatórios, o que aumenta o escrutínio judicial ao qual a diferenciação será submetida.

³⁸⁵ TRIBE, Laurence; DORF, Michael C. *On Reading the Constitution*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1991. p. 108

³⁸⁶ Por todos, cf. BVerfGE 50, 290 (333).

³⁸⁷ No que tange ao direito administrativo, cf. OSSENBÜHL, Fritz. ‘Gedanken zur Kontrolldichte in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung’, in *Festschrift für Konrad Redeker*. München: C.H. Beck, 1993. pp. 55ss.; NEUPERT, Michael. *Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit: Das Rahmen-Bild-Modell der verwaltungsgerichtlichen Kontrolldichte bei der Eingriffsverwaltung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011.

A utilização de níveis ou graus de intensidade ou densidade do controle judicial é uma alternativa à aplicação pura e simples da máxima da proporcionalidade.³⁸⁸ Mesmo AHARON BARAK – que defende o uso exclusivo da proporcionalidade, sem os níveis de intensidade do controle judicial – aceita que escolher entre os dois modelos, ou mesmo adotar uma combinação de ambos, é uma questão complexa.³⁸⁹

Afirma-se que a adoção de níveis de intensidade ou densidade do controle judicial torna a máxima da proporcionalidade menos flexível e mais estruturada.³⁹⁰ Ademais, a abordagem seria mais formalista. Também se poderia alegar que, em alguns casos, o sistema de níveis de intensidade impede que seja atribuído o devido peso a considerações referentes ao interesse coletivo; enquanto que, em outros casos, seria dado peso excessivo aos interesses coletivos, em detrimento do direito fundamental em questão.

Na verdade, é razoável afirmar que as críticas não são totalmente improcedentes. De fato, quando se efetua controle judicial com base em níveis de intensidade, há menos margem de

³⁸⁸ Acerca da densidade, profundidade ou intensidade do controle judicial de limitações a direitos fundamentais em geral, cf. MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. *Grundrechte*. 3.Auf. Baden-Baden: Nomos, 2012. pp. 965ss.; BARAK, Aharon. *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, pp. 509ss.; ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2.Auf. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. pp. 495ss.; CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law*. 3rded. Austin: Aspen Publishers, 2009. pp. 289-303, 718-723.

³⁸⁹ BARAK, Aharon. *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 502

³⁹⁰ BARAK, Aharon. *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 503

manobra por parte dos juizes, mormente sob o pretexto de adequar melhor a decisao ao caso concreto. Por6m, 6 esse o forte do sistema de jurisdic6o constitucional que se estrutura em torno de n6veis de intensidade do controle de constitucionalidade: evita-se o casu6smo. Esse tipo de abordagem afasta a realizac6o de um sopesamento demasiadamente pautado pelo caso concreto. Existem prioridades abstratamente prefixadas, que tornam o sistema mais confi6vel e previs6vel.

Os graus de intensidade de controle judicial aumentam a chance de os juizes serem imparciais, visto que criam par6metros e prefer6ncias abstratas com relat6o a cada direito fundamental, as quais n6o podem ser simplesmente desconsideradas por antigos ou novos juizes. Salvo se a Corte como um todo decide – ainda que por maioria de votos –, adotar um grau de controle de constitucionalidade menos intenso para um dado direito fundamental, o 6nus argumentativo referente 6aquele direito 6 igual para todos os juizes que a comp6em. Essa caracter6stica diminui a probabilidade de um juiz valer-se de seu cargo para fomentar sua pr6pria agenda pol6tica.

Os graus de intensidade de controle judicial tamb6m reduzem a chance de situa66es an6logas receberem tratamento diverso – o que fomenta a isonomia. Ali6s, o casu6smo judicial 6 duplamente combatido dessa maneira: em primeiro lugar, porque os precedentes que fixam o grau de intensidade n6o poder6o ser facilmente desconsiderados no futuro; em segundo lugar, porque, quando uma mat6ria 6 julgada pela primeira vez, cada juiz sabe

que seu entendimento passará a constituir um precedente a reger a questão, devendo ser mantido para casos futuros.³⁹¹

Não se questiona que as convicções de um juiz devam interferir na sua forma de julgar. Porém, há convicções que podem legitimamente ser levadas em conta, enquanto que há outras que não o podem.³⁹² Compreender e perquirir o papel que a liberdade de expressão deve exercer em uma sociedade livre e democrática à luz de um dado texto constitucional é uma espécie de convicção pessoal do juiz que deve ser devidamente fundamentada e que pode justificar o proferimento de uma decisão, em um ou em outro sentido.

É, contudo, ilegítimo que um juiz que entende, por exemplo, que apenas os financiamentos públicos de campanha são verdadeiramente democráticos declare inconstitucional eventual lei que autorize o recebimento de contribuições privadas feitas por pessoas jurídicas.³⁹³ Esse tipo de opinião deve ser expressado nas eleições, ocasião em que o voto do magistrado terá o mesmo peso que o de qualquer outro eleitor. É inadmissível que um juiz, ainda que com a melhor das intenções, utilize sua posição estratégica de poder para promover agendas

³⁹¹ Sobre a efetiva contribuição dos precedentes judiciais (*Präjudizien*) para a preservação da imparcialidade judicial, cf. KRIELE, Martin. *Theorie der Rechtsgewinnung: entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*. Berlin: Duncker & Humblot, 1967. pp. 258ss.

³⁹² cf., e.g., DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006. pp. 117ss.; BARAK, Aharon. *The Judge in a Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2006. pp. 105ss.

³⁹³ Sobre essa questão, cf. a ADI 4650, que tramita atualmente perante o STF e cujo julgamento se iniciou em 11 de dezembro de 2013. A deliberação foi suspensa por um pedido de vista.

políticas e ideológicas ou rearranjos institucionais que não podem ser extraídos da Constituição.

A adoção de diferentes intensidades do controle judicial fornece um arcabouço para exigir-se que o juiz efetivamente controle suas preferências e seus vieses políticos e pessoais. Esse controle é essencial para preservar a separação de poderes. Muitos métodos interpretativos, por serem excessivamente flexíveis³⁹⁴, permitem que a “(...) arrogância se disfarça de humildade”³⁹⁵. Dito de outra maneira, é preciso evitar que preferências individuais entrem – desde um ponto de vista interpretativo – pela porta dos fundos da Constituição.

Trata-se do que se pode denominar de *narcisismo constitucional*. Narcisismo constitucional significa interpretar a Constituição como um reflexo dos próprios valores. A expressão denota a facilidade com que alguns intérpretes projetam seus valores pessoais sobre o texto constitucional.

Para quem acredita na separação dos poderes, o narcisismo constitucional configura verdadeira patologia, consistente em reescrever a Constituição, enxergando nela os próprios valores e escolhas políticas. Os Narcisos do Direito Constitucional acham que a Constituição é espelho. O juiz constitucional não deve projetar seus anseios políticos sobre a Constituição, nem tentar “descobrir” a sua ideologia pessoal no texto constitucional.

³⁹⁴ Para uma crítica da flexibilidade jurídica, cf. WEISBERG, Richard H. *In Praise of Intransigence: The Perils of Flexibility*. New York: Oxford University Press, 2014.

³⁹⁵ BRENNAN, William J. ‘The Constitution of the United States: Contemporary Ratification’ (1985) 19 *University of California at Davis Law Review*, 1–16, 4.

No caso da Constituição brasileira, não há qualquer dispositivo que proíba o financiamento privado de campanhas, por exemplo. A tendência atual de o Supremo Tribunal Federal impedir esse tipo de financiamento desperta preocupações legítimas. Deve-se rejeitar o argumento de que as contribuições privadas são incompatíveis com a democracia. Se assim o fosse, quase todas as grandes democracias do mundo deixariam de sê-lo. Dia a dia, caso a caso, o Supremo Tribunal Federal parece inventar uma Constituição desconhecida, para um país que ele próprio parece pouco conhecer. E assim, decide casos que não lhe compete decidir, com princípios que não podem ser encontrados Constituição.

A referência constitucional ao conceito de democracia – constante do *caput* do art. 1º da Constituição Federal – não basta para, por si só, regulamentar os pormenores do processo eleitoral, tampouco disciplina as formas de financiamento das campanhas, nem as condições de elegibilidade ou as causas de inelegibilidade, por exemplo.³⁹⁶ Essas matérias, assim como deve ocorrer com tantas outras em um Estado que se diz democrático, devem estar à disposição do legislador infraconstitucional.

A principal vantagem do modelo baseado em graus de intensidade do controle judicial é definir com *um pouco mais de clareza* aquelas áreas em que a margem de apreciação do

³⁹⁶ Numerosas Constituições dispõem, por exemplo, que as eleições de seu determinado país seguirão o princípio proporcional; sem, entretanto, esclarecer os pormenores do que seria sistema ou princípio proporcional. Cabe, portanto, ao legislador ordinário escolher que tipo de sistema proporcional será adotado. Sobre o tema, cf. AFONSO DA SILVA, Virgílio. ‘A Continuum of Electoral Systems? (Or, Why Law and Legislation Need Typologies)’ (2013) 1 *The Theory and Practice of Legislation*, 227–253.

legislador é realmente menor, à luz do próprio texto constitucional. Em tais casos, adota-se um grau elevado de densidade do controle, como o *strict scrutiny* ou a *intensivierte inhaltliche Kontrolle*. Já no que se refere a outras áreas – e essa deve ser a regra em uma democracia –, se é pouco intenso o grau de limitação constitucionalmente imposto ao legislador ordinário, o controle de constitucionalidade deve ser mais deferente ao Parlamento, como ocorre com a *rational basis review* e a *Evidenzkontrolle*. Em um nível intermediário, entre um controle mais intenso e um controle mais brando, situam-se o *intermediate scrutiny* e a *Vertretbarkeitskontrolle*.

Saber se uma determinada matéria deve estar sujeita a um ou outro grau de intensidade é uma resposta que, em princípio, deve ser dada a partir de um ordenamento jurídico específico.

No direito alemão, por exemplo, o legislador possui pouca margem de conformação ou manobra (*Spielraum*) no que concerne à disciplina do direito ao voto. Afinal, se a própria Lei Fundamental garante o voto direto e igual para todos os cidadãos, é necessário apresentar uma justificativa verdadeiramente excepcional para que seja implantada, por exemplo, uma cláusula de barreira (*Sperrklausel*). Esse tipo de cláusula frequentemente gera a desconsideração dos votos de milhares ou de até milhões de eleitores que votaram no candidato de um partido que não obteve uma porcentagem mínima (ou seja, que não ultrapassou a cláusula de barreira). Por essa razão, as cláusulas de barreira são submetidas a um escrutínio judicial elevado.

Quando se estipula esse grau intenso de escrutínio constitucional, a chance de uma lei ser declarada inconstitucional é consideravelmente maior. Esse tipo de raciocínio nada mais revela, senão uma forte preferência abstrata em favor do voto direto e igual em detrimento de quaisquer outros interesses coletivos, ainda que respeitáveis e meritórios. Do contrário, a garantia do voto direto e igual estaria completamente condicionada à legislação infraconstitucional, o que contraria a força normativa e vinculativa da Constituição. Diante dessas considerações, o Tribunal Constitucional Federal alemão declarou inconstitucionais as cláusulas de barreira instituídas nos estados federados e nas eleições para o Parlamento europeu³⁹⁷; e constitucional aquela instituída para as eleições nacionais.^{398 399}

Observe-se que a “categorização” em níveis de intensidade do controle judicial não é inflexível a ponto de inviabilizar que se levem em conta as peculiaridades fáticas de uma lei que limita direito fundamental. Todavia, os argumentos para justificar a limitação de um direito fundamental contemplado com uma proteção mais intensa e densa de controle de constitucionalidade deverão ser muito mais robustos do que

³⁹⁷ BVerfGE 6, 84; 120, 82; *BVerfG*, 2 BvC 4/10 vom 9.11.2011.

³⁹⁸ BVerfGE 82, 322; 124, 1.

³⁹⁹ cf. MORLOK, Martin; MICHAEL, Lothar. *Staatsorganisationsrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2013. pp. 86, 99; Contra os exigentes parâmetros instituídos pelo *BVerfG* e baseados no conceito de “motivo cogente” (*zwingender Grund*), cf. GRZESZICK, Bernd; LANG, Heinrich. *Wahlrecht als materielles Verfassungsrecht: Der Wahlgesetzgeber zwischen verfassungsrechtlicher Bindung und politischer Gestaltungsfreiheit – Überlegungen am Beispiel des 19. Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlrechts*. Baden-Baden: Nomos, 2012. pp. 79ss.

ocorre normalmente. A cláusula de barreira das eleições nacionais parlamentares na Alemanha, por exemplo, só foi considerada constitucional, porque o Tribunal Constitucional Federal chegou à conclusão de que variegadas características do modelo parlamentar alemão, inclusive alguns bens jurídicos constitucionais, ofereciam um “fundamento cogente” (*zwingender Grund*) em favor daquele tipo de medida.

Nesse contexto, de maneira semelhante ao que já foi feito por autores como ROBERT ALEXY⁴⁰⁰, MARTIN BOROWSKI⁴⁰¹, JULIAN RIVERS⁴⁰² e MATTHIAS KLATT⁴⁰³, podemos propor as seguintes *Leis da Densidade do Controle de Constitucionalidade* (que poderiam ser chamadas, em alemão e em inglês, respectivamente, de *Kontrolldichtegesetze* e *Laws of the standards of review*):

- a) Quanto mais denso for o grau de intensidade do controle judicial que deve ser aplicado, tanto maior deverá ser a certeza sobre as premissas fáticas que justificam a intervenção sobre o direito fundamental.

⁴⁰⁰ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2.Auf. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 146

⁴⁰¹ BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien*. 2.Auf. Baden-Baden: Nomos, 2007. pp. 84ss., 90

⁴⁰² RIVERS, Julian. ‘Constitutional Rights and Statutory Limitations’, in KLATT, Matthias. *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012. pp. 252ss.; RIVERS, Julian. ‘Proportionality and Variable Intensity of Review’ (2006) 65 *Cambridge Law Journal*, 174–207.

⁴⁰³ KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 29; KLATT, Matthias. *Die praktische Konkordanz von Kompetenzen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014. pp. 209ss.

- b) Quanto mais denso for o grau de intensidade do controle judicial, tanto menor será a discricionariedade do legislador ordinário para dispor, concertar ou interferir em uma área constitucionalmente protegida.
- c) Quanto maior for o peso abstrato de um direito fundamental, tanto mais denso será o grau de intensidade do controle judicial e, conseqüentemente, tanto maior será a probabilidade de o direito fundamental prevalecer sobre interesses coletivos, sociais ou consequencialistas.

A seu turno, as leis também podem ser representadas da seguinte forma, após inversões de valores:

- a) Quanto menos denso for o grau de intensidade do controle de judicial que deve ser aplicado, tanto menor deverá ser a certeza sobre as premissas fáticas que justificam a intervenção sobre o direito fundamental.
- b) Quanto menos denso for o grau de intensidade do controle judicial, tanto maior será a discricionariedade do legislador ordinário para dispor, concertar ou interferir em uma área constitucionalmente protegida.
- c) Quanto menor for o peso abstrato de um direito fundamental, tanto menos denso será o grau de intensidade do controle judicial e, conseqüentemente, tanto menor será a probabilidade de o direito fundamental prevalecer sobre interesses coletivos, sociais ou consequencialistas.

As Leis da Densidade do Controle de Constitucionalidade evidenciam as relações entre intensidade do

controle judicial e margem de conformação do legislador. Nenhuma das regras enunciadas fornece uma resposta pronta e acabada para o grau de deferência ao legislador. A resposta não é, portanto, algorítmica. Ela proporciona, contudo, uma melhor estruturação dos problemas e dos raciocínios envolvidos, além de deixar mais transparente a distribuição dos ônus argumentativos.

O raciocínio é levemente semelhante ao que se dá com a chamada reserva legal. A finalidade da reserva legal é dar uma margem de apreciação para que o legislador atue dentro de uma área constitucionalmente admissível, mas não que lhe seja concedido um “cheque em branco”, o que esvaziaria por inteiro a respectiva garantia constitucional. As *Leis da Densidade do Controle de Constitucionalidade* podem ajudar-nos a delinear melhor quais fatores reduzem a margem de conformação do legislador, bem como de que maneira essa grandeza varia.

À luz do modelo que ora propomos, não há meramente uma primazia ou preferência condicionada, nos termos de ALEXY; há, na verdade, uma primazia abstrata. Trata-se de uma primazia condicionada, porém menos condicionada. Sua variabilidade diminui substancialmente. Para cada direito fundamental, haverá idealmente um grau de peso abstrato. No caso da liberdade de expressão, oferecemos, na Seção 4 da Parte I, *supra*, uma classificação do discurso que atribui três pesos abstratos diferentes. Levam-se em consideração as peculiaridades do discurso, ao mesmo tempo em que se enrijece o modelo original da proporcionalidade. O direito fundamental,

portanto, já não será mais colocado no mesmo nível dos demais interesses coletivos ou sociais.

Não se podem sopesar a liberdade de expressão e a segurança nacional no mesmo nível, como se os pratos da balança estivessem equilibrados. Neste caso, o direito fundamental deve começar com uma “margem de vitória” ou “vantagem prévia” (*winning margin; Abwägungsvorsprung*).⁴⁰⁴ Metaforicamente, é como se um dos pratos da balança já tendesse em favor do direito fundamental; este já começa ganhando a disputa. Viu-se, na Parte III, Seção 5, *supra*, que essa é a maneira mais adequada de compatibilizar a ideia de direitos como trunfos com o sopesamento.

Nesse contexto, os chamados *standards of review* ou *Kontrolldichten* podem servir de maneira mais adequada à “tendenciosidade sistemática” contra a restrição a direitos fundamentais, conforme visto na Parte III, Seção 9, *supra*. Sob essa perspectiva, é igualmente relevante o peculiar caso dos níveis de intensidade aplicados ao direito fundamental à liberdade profissional (*Stufentheorie*).

Os níveis de intensidade do controle judicial fornecem maneiras de melhor delimitar a margem de conformação legislativa, fixando prioridades abstratas à luz das peculiaridades de cada direito fundamental. Ora o legislador deve ter mais liberdade, ora os fundamentos legitimadores do direito fundamental devem comprimir a amplitude de tal liberdade.

⁴⁰⁴ KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. ‘Verhältnismäßigkeit als universelles Verfassungsprinzip’ (2012) 51 *Der Staat*, 159–188, 161.

Diante dessas considerações, é válido analisar, em linhas gerais, como os *standards of review* e os *Kontrolldichten* funcionam nos ordenamentos jurídicos norte-americano e alemão, respectivamente, o que será feito nos itens “a”, “b” e “c”, desta Seção 1, Parte IV.

a) Os *standards of review*

São denominados de *standards of review* ou *levels of scrutiny* os parâmetros que mensuram o grau de deferência que deve ser dado ao legislador ou à administração pública, quando da discussão da constitucionalidade de uma lei ou ato administrativo. Por causa dos fins a que se circunscreve a presente investigação, a análise subsequente limitar-se-á à constitucionalidade das leis, sem uma análise dos níveis de controle conforme aplicados aos atos administrativos.

1. *Strict scrutiny*

O *strict scrutiny* é o mais intenso, denso e rígido parâmetro de controle de constitucionalidade de uma lei; conseqüentemente, ocupa o topo da hierarquia dos níveis ou graus de intensidade. Para que uma lei seja considerada constitucional sob o crivo do *strict scrutiny*, devem-se preencher pelo menos dois requisitos: a lei deve atender a um interesse governamental cogente (*compelling governmental interest*) e ser criada sob medida ou ser estritamente confeccionada (*narrowly tailored*) para fomentar esse interesse.⁴⁰⁵

⁴⁰⁵ CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law*. 3rded. Austin: Aspen Publishers, 2009. pp. 718-22, 754-5, 846-7, 943-944, 946-9

No ordenamento jurídico norte-americano, nem toda limitação a direito previsto na Constituição deflagra o *strict scrutiny*. Apenas alguns direitos constitucionais, denominados de *fundamental rights*⁴⁰⁶, sujeitam o legislador a esse controle judicial mais apurado. Aplica-se o *strict scrutiny*, por exemplo, às discriminações baseadas em “classificações suspeitas”.⁴⁰⁷

Cumprе reiterar que a adoção de um nível elevado de intensidade de controle aumenta sobremaneira a probabilidade de a medida sob exame ser declarada inconstitucional. Porém, os níveis de escrutínio nada mais são do que uma estrutura formal, a ser preenchida com conteúdo pelos juristas, e a ser justificada com base em argumentos externos.

Os níveis de intensidade de controle não garantem resultados, nem dotam o raciocínio jurídico de precisão aritmética – o que seria de todo inviável e até indesejável. O que os níveis de intensidade oferecem é uma estrutura formal que enfatiza os ônus argumentativos e a *accountability* a que está sujeito o magistrado. Ademais, criam-se parâmetros mais racionais, rígidos e previsíveis para as decisões.

Em qualquer caso, a adoção de um nível mais intenso de controle não importa, necessariamente, na sua inconstitucionalidade. Daí criticar-se, por exemplo, a Suprema

⁴⁰⁶ Note-se bem que, nessa acepção, a expressão “*fundamental rights*” não equivale ao que se chama no Brasil de “direitos fundamentais”. Isso porque, no Brasil, consideram-se fundamentais todos os direitos e garantias do cidadão previstos na Constituição. Por outro lado, nos EUA, nem todos os direitos previstos no *Bill of Rights* ou em outras partes da Constituição norte-americana deflagram a aplicação do *strict scrutiny*. Nesse sentido, cf. CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law*. 3rd ed. Austin: Aspen Publishers, 2009. pp. 943ss.

⁴⁰⁷ cf. Parte IV, Seção 1, *supra*.

Corte americana pelo julgamento do caso *Korematsu v. United States*. Trata-se, seguramente, de um dos casos mais lamentáveis de toda a história judicante da corte.⁴⁰⁸ Isso porque, não obstante o grau de intensidade de controle no mencionado caso tenha sido o *strict scrutiny*, não se declarou inconstitucional a infame medida de isolar geograficamente os japoneses e os cidadãos americanos de origem japonesa em “campos de internação”. Arguiu-se que os esforços em plena Segunda Guerra Mundial legitimariam a iniciativa.⁴⁰⁹

Não poderia ter sido mais intenso o escrutínio judicial a que foi submetida a medida de segregação geográfica com base em critérios étnicos. Entretanto, isso não foi suficiente para impedir que a Suprema Corte declarasse constitucional a medida empreendida pelo governo norte-americano.

2. *Intermediate scrutiny*

No *intermediate scrutiny*, exige-se menos do que no *strict scrutiny*; mas mais do que na *rational basis review*. Em primeiro lugar, requer-se que a lei questionada “fomente um importante interesse estatal” (*further an important government interest*). Não basta, portanto, que o interesse seja meramente “legítimo” (*legitimate government interest*), como no caso da *rational basis review*. Adicionalmente, para satisfazer o *intermediate scrutiny*, a lei precisa relacionar-se com o dito

⁴⁰⁸ BREYER, Stephen. *Making our Democracy Work: a Judge's view*. New York: Vintage, 2010. pp. 172ss.

⁴⁰⁹ *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944)

interesse importante de maneira “substancial” (*substantial relation to that interest*).⁴¹⁰

Em síntese, o *intermediate scrutiny* reclama dois requisitos: (1) interesse estatal importante; (2) relação substancial entre o interesse estatal importante e a lei impugnada. Aplica-se o *intermediate scrutiny* às discriminações baseadas em gênero, por exemplo.⁴¹¹

3. Rational basis review

Sob o crivo da *rational basis review*, basta que o Estado prove que existe uma “relação racional” entre um “propósito ou objetivo estatal legítimo” e a medida restritiva adotada. Nesse sentido, os magistrados limitam-se a verificar se é meramente racional perseguir o objetivo escolhido pelo Estado – que deverá ser legítimo –, por meio de uma dada lei ou ato normativo.⁴¹²

A *rational basis review* funciona como escrutínio judicial padrão. A aplicação do *strict scrutiny* ou do *intermediate scrutiny* reclama, portanto, uma fundamentação adicional ou especial. Exige-se, para aplicação de um escrutínio mais intenso,

⁴¹⁰ CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law*. 3rded. Austin: Aspen Publishers, 2009. pp. 879-80, 881-4, 920-7

⁴¹¹ cf., e.g., *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976) e *Wengler v. Druggists Mutual Ins. Co.*, 446 U.S. 142 (1980)

⁴¹² CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law*. 3rded. Austin: Aspen Publishers, 2009. pp. 723-48, 920-27, 936-942

que a natureza do interesse em questão justifique um maior controle judicial.⁴¹³

Logo, a regra no sistema jurídico norte-americano é que as leis ou atos normativos sejam submetidos apenas à *rational basis review*, o que materializa o princípio democrático. Se a regra é a *rational basis review*, então a intensidade do controle judicial será menor; e, conseqüentemente, será maior a margem de conformação do legislador.

Vale pontuar que a *rational basis review* assemelha-se à etapa de adequação da máxima da proporcionalidade. A ideia de “relação racional” talvez possa ser melhor compreendida como a necessidade de que o objetivo perseguido pelo Estado seja efetivamente fomentado, em qualquer grau ou medida, pela interferência que se quer implementar. Diferentemente da etapa da adequação na máxima da proporcionalidade, exige-se, na *rational basis review*, que o propósito seja legítimo. Isso, entretanto, também ocorre no caso da máxima da proporcionalidade, ainda que não na etapa da adequação.⁴¹⁴

⁴¹³ cf. o capítulo nove em SULLIVAN, Kathleen M.; GUNTHER, Gerald. *Constitutional Law*. 16thed. New York: Foundation Press, 2007.

⁴¹⁴ Já há algum tempo, parte da doutrina passou a dividir a máxima da proporcionalidade em cinco etapas. Segundo essa proposta, a primeira etapa consistiria em avaliar a legitimidade do objetivo perseguido pelo Estado. Seriam excluídos, de antemão, os propósitos ou fins vedados pela Constituição. Nesses casos, nem se passa às outras etapas de aferição. A *rational basis review*, portanto, assemelhar-se-ia à fase de exclusão de propósitos manifestamente inconstitucionais e à adequação. Sobre a máxima da proporcionalidade e suas cinco etapas, cf. KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. ‘Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Ein Strukturelement des globalen Konstitutionalismus’ (2014) 54 *JuS*, 193–199 [trad. port. KLATT, Matthias. ‘A máxima da proporcionalidade: um elemento estrutural do Constitucionalismo global’ (trad. João Costa Neto) (2014) 7 *Observatório da Jurisdição Constitucional* 23–41].

b) Os *Kontrolldichten*

Ao que nos consta, a ideia de múltiplos *Kontrolldichten* (densidades de controle) ou *Prüfungsmaßstäbe* (parâmetros de avaliação ou aferição) surgiu na decisão sobre o *Mitbestimmungsgesetz*, de março de 1979.⁴¹⁵ Trata-se, salvo melhor juízo, da primeira vez em que se invocou esse conceito na jurisprudência do *BVerfG*. Grosso modo, o *Mitbestimmungsgesetz* exige que os conselhos diretores de sociedades empresárias com mais de 2.000 empregados sejam compostos, na sua metade, por representantes dos empregados.

Em uma parte crucial da decisão proferida, foram feitas considerações sobre como o Tribunal Constitucional deve lidar com os prognósticos assumidos como verdadeiros pelo legislador. Chegou-se à conclusão de que os efeitos econômicos da lei sobre a higidez financeira das sociedades empresárias eram bastante incertos. Não obstante, tal incerteza não poderia ser suficiente para excluir a autorização do legislador para dispor sobre a matéria.⁴¹⁶

Por outro lado, ao que se sabe, o conceito “margem de conformação” fez-se notar, pela primeira vez, já em 1951 – no início da atividade judicante do *BVerfG*, portanto. Na ocasião, recebeu o nome de *discretionariedade do legislador* („Ermessen des Gesetzgebers“).⁴¹⁷ Posteriormente, o *BVerfG* utilizou a expressão *liberdade de conformação legislativa* („gesetzgeberische

⁴¹⁵ BVerfGE 50, 290

⁴¹⁶ BVerfGE 50, 290 (332)

⁴¹⁷ BVerfGE 1, 14 (32); 4, 7 (8)

Gestaltungsfreiheit“).⁴¹⁸ Hodiernamente, a nomenclatura ainda é bastante indeterminada. Entretanto, segundo KLAUS STERN⁴¹⁹, predomina a locução *margem de conformação do legislador* („Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers“), que pode ser encontrada em várias decisões do *BVerfG*.⁴²⁰

A ideia de margem de conformação funda-se sobre uma ideia básica: o *Grundgesetz* institui proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), bem assim mandamentos de proteção (*Schutzgebote*). Estes dão contornos à proibição de proteção insuficiente (*Untermaßverbot*), enquanto que aqueles delimitam a proibição de excesso (*Übermaßverbot*).⁴²¹ ⁴²² Deve-se, todavia,

⁴¹⁸ BVerfGE 6, 389 (420); 50, 290 (336ss.); 71, 66 (76ss.)

⁴¹⁹ STERN, Klaus. *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgeber*. Opladen: Westdt. Verl., 1997. p. 19

⁴²⁰ BVerfGE 67, 186 (195); 69, 150 (160); 76, 256 (359ss.); 83, 238 (334); 88, 203 (340)

⁴²¹ ISENSEE, Josef. ‘Das Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht’, in ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul. *Handbuch des Staatsrechts*. 2.Auf. Heidelberg: C.F. Müller, vol. V, 2000. pp. 218ss., 231ss.

⁴²² Os termos *Übermaßverbot* e *Untermaßverbot*, que já se tornaram usuais no direito constitucional alemão, têm migrado para outras áreas do direito e para outros ordenamentos jurídicos (no contexto do direito penal, p.ex., cf. WEIGEND, Thomas. ‘Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze staatlicher Strafgewalt’, in WEIGEND, Thomas; KÜPPER, Georg. *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag*. Berlin: Walter de Gruyter, 1999. pp. 917ss.). Em inglês, *Übermaßverbot* pode ser traduzido como *prohibition of excess*; *Untermaßverbot*, como *prohibition of insufficient means* (cf. KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012. pp. 104). Nesse contexto, lembre-se que a máxima da proporcionalidade possui duas vertentes: o *Übermaßverbot* e o *Untermaßverbot*. A primeira proíbe que o Estado aja além da conta; que faça mais do que deveria. O conceito é particularmente relevante no caso de direitos de defesa (*Abwehrrechte*), como a interceptação telefônica, por exemplo. Se o Estado edita lei que autoriza interceptações sem ordem judicial e para fins outros que não os previstos no texto constitucional, ele age excessivamente e viola a proporcionalidade. Nesse caso, o Estado foi para além dos limites autorizados pelo direito fundamental e não se absteve de fazer algo que lhe era vedado. Porém, existem

preservar um espaço livre – uma margem de conformação – entre as duas proibições, a do excesso e a da insuficiência. Em regra, o legislador não pode ver sua esfera de atuação comprimida por uma braçadeira; é necessário garantir área de manobra, para que possa haver autodeterminação popular, consoante exposto na Parte III, Seção 9, *supra*.

Nesse contexto, o Tribunal Constitucional desempenha a função de uma *navalha de Ockham*. Em um Estado Democrático de Direito, a primeira palavra normalmente é do legislador. Porém, seria um erro dizer que a última palavra deve ser sempre do Judiciário. Cabe ao legislador dispor e concertar as relações jurídicas, o que inclui formular preferências e prioridades. Há dilemas e decisões dramáticas em toda parte: é necessário sacrificar certos bens, em favor de outros.

Não defendemos que o Tribunal Constitucional só possa declarar a inconstitucionalidade quando ela for absolutamente “(...) manifesta, evidente, incontestável.”⁴²³ Mas sim que conciliar os valores que são caros à sociedade – e que

direitos fundamentais que exigem obrigações positivas do Estado, e que tradicionalmente impõem um dever de proteção, isto é, uma ação e não uma mera abstenção. Nesses casos, se o Estado não age ou se age de maneira incipiente ou insuficiente, ele viola o *Untermaßverbot*, a segunda vertente da máxima da proporcionalidade. Isso ocorre, notadamente, no caso das obrigações positivas ou deveres de proteção, a exemplo dos direitos fundamentais sociais. Se o Estado possui o dever de proteger o meio ambiente ou de promover a educação e não o faz ou faz aquém do devido, ele infringe a proibição de proteção insuficiente. É por isso que o *Untermaßverbot* é tão importante quando se trata de deveres de agir do Estado que são descumpridos em função de omissões. Já o *Übermaßverbot*, em linhas gerais, é violado quando o Estado age quando não deveria fazê-lo.

⁴²³ REIS NOVAIS, Jorge. *Em Defesa do Tribunal Constitucional: Resposta aos Críticos*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 134

entram em conflito a todo momento, mesmo sendo muitos deles bens jurídico-constitucionais – é missão do Congresso Nacional.

A regra deve ser, sim, que a atuação do Tribunal Constitucional se restrinja ao que é evidentemente excessivo. Todavia, só uma dogmática da margem de conformação poderá delimitar as áreas em que o controle será mais, ou menos, intenso. JORGE REIS NOVAIS assegura que a adoção de diferentes tipos de controle é óbvia, que se trata de uma “exigência de puro bom senso”.⁴²⁴ REIS NOVAIS rechaça, entretanto, a adoção “(...) de um mero controle de evidência quando está em causa a lesão de um direito fundamental.”⁴²⁵

O raciocínio é por demais simplista. Definir se estamos, ou não, diante de uma *lesão* a direito fundamental é o resultado obtido após o sopesamento; e não algo que se sabe previamente à estipulação da intensidade do controle. O controle à evidência será escolhido – a partir de critérios racionais – antes de sabermos se houve, ou não, violação ou lesão ao direito fundamental. Sob essa ótica, REIS NOVAIS incide em uma petição de princípio.

Pode ser que REIS NOVAIS tenha querido dizer, no lugar de “lesão”, apenas “restrição” ou “ingerência” no direito fundamental. Nesta hipótese, também não nos parece correto o argumento. Isso porque há restrições muito pouco importantes, que implicam “bagatela jurídica”, como o próprio REIS NOVAIS

⁴²⁴ REIS NOVAIS, Jorge. *Em Defesa do Tribunal Constitucional: Resposta aos Críticos*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 136

⁴²⁵ REIS NOVAIS, Jorge. *Em Defesa do Tribunal Constitucional: Resposta aos Críticos*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 137

coloca.⁴²⁶ Tais restrições não justificam um controle maior do que o de mera evidência.

Devemos concordar com REIS NOVAIS, quando ele propõe que “(...) essa diferente intensidade do controle judicial não seja decidida pontualmente, sem previsibilidade, ao sabor das impressões do momento. Será desejável construir critérios com alguma solidez para assegurar um mínimo de previsibilidade na intervenção da justiça constitucional, tanto mais quanto, consoante o diferente grau de intensidade do controle, assim varia a sorte da lei em apreciação.”⁴²⁷ Importante, pois, é estabelecer níveis estratificados de margem de conformação e de intensidade do controle judicial, tarefa não empreendida por REIS NOVAIS, e que se tentou bosquejar neste trabalho.

Nada impede, todavia, que o controle do Tribunal Constitucional se limite, em alguns casos, ao que for manifestamente inconstitucional. Existem várias relações multipolares envolvendo direitos fundamentais. Estão em questão não apenas dois direitos fundamentais; mas sim quatro, cinco, ou mais. Conforme a matéria sobre a qual legisla o Parlamento, crescerão, ou diminuirão, sua competência institucional e sua legitimidade democrática.

É simplesmente precipitado afirmar que o controle à evidência não se revela adequado quando ocorre “lesão a direito fundamental”. Em alguns casos, o grau de competência

⁴²⁶ REIS NOVAIS, Jorge. *Em Defesa do Tribunal Constitucional: Resposta aos Críticos*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 137

⁴²⁷ REIS NOVAIS, Jorge. *Em Defesa do Tribunal Constitucional: Resposta aos Críticos*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 136

institucional e o de legitimidade democrática justificarão maior deferência ao Parlamento, mesmo que se cuide de direito fundamental. Casos que envolvem múltiplos bens jurídico-constitucionais, a exemplo de relações jusfundamentais multipolares (*mehrpölige Grundrechtsverhältnisse*), posam decisões tormentosas, de difícil solução para toda a sociedade.⁴²⁸

É do legislador a prerrogativa de tomar essas tormentosas decisões, bem como de estabelecer objetivos coletivos, perseguindo-os e concretizando-os, por meio de leis e políticas públicas. Com frequência, o juiz constitucional só deve coibir o abusivo, o arbitrário: aquilo que fica claramente aquém ou além do razoável. Tudo que se encontra entre o demasiado e o insuficiente é margem de conformação do legislador.

Na maioria das áreas, a intervenção judicial, se houver, deve ser contida. O Tribunal Constitucional não é um censor; nem deve achar-se senhor da verdade. Em regra, a palavra do legislador deve ser a primeira e a última. Quando isso não for possível, o legislador terá a primeira palavra; o Judiciário, a segunda. Em um cenário ideal, espera-se que o Judiciário exorte o legislador a sanar a inconstitucionalidade; assim, a terceira e final palavra seria do legislador. Apenas quando a exortação não funcionar ou quando houver motivos cabais de que o Parlamento não pode ou não quer corrigir a inconstitucionalidade, deve o Judiciário impor-se. Não se trata de conduta a ser adotada com leveza; nem com frequência. Exige-se *prudência constitucional*.

⁴²⁸ Para uma ênfase dessas dificuldades, cf. LÜBBE-WOLFF, Gertrude. *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*. Baden-Baden: Nomos, 1988; POSCHER, Ralf. *Grundrechte als Abwehrrechte: reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003. pp. 103ss.

É um erro afirmar com orgulho que o Judiciário deu a palavra final: ou isso significa o fracasso da democracia; ou, a ditadura dos juízes. Em certos casos, talvez os dois; mas nem por isso se justifica uma juristocracia.

A atividade legiferante não pode ser, em regra, reprimida a um mínimo, de tal forma que apenas uma única resposta certa seja constitucionalmente admissível.⁴²⁹ Do contrário, toda a atividade legislativa seria mera concretização das decisões do Tribunal Constitucional. Em outras palavras, o Parlamento passaria todo o tempo em busca da resposta correta: aquela única que é compatível com a Constituição.

Admitindo-se que há uma única resposta correta para todos os problemas constitucionais, o órgão de cúpula do Poder Judiciário passaria como um trator por cima do Parlamento, permitindo-lhe legislar apenas sobre trivialidades. Ignorar-se-ia completamente a separação dos poderes: seria o rolo compressor do imperialismo juristocrático. Esse cenário trágico só seria compatível com uma realidade caracterizada pelo que podemos chamar de *ὕβρις (hubris) judiciária*: excesso de orgulho e de autoconfiança por parte dos juízes.

Se tudo não passa de uma tentativa de descobrir a única resposta constitucionalmente correta – segundo o Tribunal Constitucional –, seria mais fácil dar logo ao próprio Tribunal a missão de legislar. A atividade legislativa só pode reter uma certa dose de voluntarismo e autodeterminação, se entendermos que o

⁴²⁹ ALEXY, Robert. ‘Diskussionsbeitrag’ (2002) 61 *VVDStRL*, 216–19, 216; MÖLLER, Kai. *The Global Model of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 118

legislador dispõe de uma margem de conformação. Disso se segue que o Parlamento não deve transformar-se em mero executor da Constituição-conforme-definida-pelo-Tribunal-Constitucional.⁴³⁰ A Constituição não contém a resposta para todos os problemas.

Uma lei pode ser insensível, pode ser irracional, pode ser inapropriada, pode não disciplinar a matéria da melhor forma possível, pode até ser burra; mas nada disso a torna inconstitucional. Aliás, quem disse que a burrice é inconstitucional? Cometer erros – e corrigi-los, ou não – também é uma prerrogativa do legislador.

AHARON BARAK parece admitir que, de fato, existem casos constitucionalmente difíceis, nos quais não há uma única resposta correta. Nesses casos, porém, surgiria a discricionariedade judicial: consistente na possibilidade de juízes escolherem dentre as opções da margem de conformação.⁴³¹ Esse tipo de abordagem é objetável.

Quando há duas soluções igualmente legítimas – conforme indica exemplo dado por BARAK –, a decisão é do legislador; e não do Tribunal Constitucional. É por isso que, nas situações de impasse (*Patt*), prevalece uma margem de conformação estrutural.⁴³² Situações de impasse são aquelas em que o peso do objetivo perseguido e o da interferência sobre o

⁴³⁰ BICKENBACH, Christian. *Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014. p. 11

⁴³¹ BARAK, Aharon. *Purposive Interpretation in Law*. Princeton: Princeton University Press, 2005. pp. 207ss.; BARAK, Aharon. *The Judge in a Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2006. p. xiii

⁴³² cf. Parte III, Seção 5, *supra*.

direito fundamental são iguais: *leve/leve; médio/médio; sério/sério*.⁴³³

Adotado um modelo baseado na proporcionalidade, não há propriamente discricionariedade judicial. O resultado da decisão decorre imediatamente da chamada justificação interna.⁴³⁴ O que, de fato, pode ocorrer é divergência quanto à chamada justificação externa. Entretanto, fixadas as premissas do raciocínio e atribuídos os pesos dos objetivos fomentados e das interferências sobre um direito fundamental, a (in)constitucionalidade da interferência no direito fundamental decorre logicamente do raciocínio.⁴³⁵

A margem de conformação pertence ao legislador; e não ao juiz. Em certas áreas, a margem de conformação do legislador é mais ampla; em outras, a proteção constitucional é mais intensa. Se a proteção for mais intensa, também o será o controle judicial. Ver-se-á, na Seção 3, desta Parte IV, *infra*, que a extrema incerteza quanto aos resultados de uma lei que restringe direito fundamental pode implicar sua inconstitucionalidade.

No entanto, a incerteza não obsta, por si só, que a medida legiferante seja submetida a um controle jurídico-

⁴³³ Nesse sentido, p. ex., ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 388; KLATT, Matthias; SCHMIDT, Johannes. *Spielräume im Öffentlichen Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010. pp. 12, 87; KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 13

⁴³⁴ Sobre o tema, cf. Parte III, Seção 10, *supra*.

⁴³⁵ KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. ‘Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Ein Strukturelement des globalen Konstitutionalismus’ (2014) 54 *JuS*, 193–199, 198 [trad. port. KLATT, Matthias. ‘A máxima da proporcionalidade: um elemento estrutural do Constitucionalismo global’ (trad. João Costa Neto) (2014) 7 *Observatório da Jurisdição Constitucional* 23–41].

constitucional, inclusive no que tange à discricionariedade quanto aos prognósticos tomados como verdadeiros (*Prognosespielraum*). A prerrogativa avaliativa do legislador depende de fatores de diferentes tipos – mormente da matéria envolvida, das possibilidades de se construir um juízo suficientemente certo a respeito, e do significado do bem jurídico constitucional que está em jogo.⁴³⁶

Nesse sentido, revela-se adequada a adoção dos *Kontrolldichten* pelo *BVerfG* na decisão sobre o *Mitbestimmungsgesetz*. Isso porque se passou, a partir da dita decisão, a mensurar a intensidade do controle judicial de uma lei a partir da natureza dos direitos ou interesses envolvidos. Por via de consequência, também a margem de conformação do legislador passou a variar conforme os direitos ou interesses envolvidos. Com isso, o processo ganha previsibilidade e transparência.

A incerteza quanto aos efeitos de uma lei não pode inibir a competência do legislador. Mesmo que se trate de lei ampla e polêmica, não se pode reclamar certeza absoluta do legislador, sob pena de condená-lo a uma “paralizia legislativa”.⁴³⁷

Por outro lado, a incerteza também não isenta o legislador do controle efetuado pelo Tribunal Constitucional. Prognoses contêm um juízo de probabilidade, cujos fundamentos podem – e devem – ser identificados. Contudo, no particular, a prerrogativa avaliativa do legislador depende de diferentes fatores. Segundo o *BVerfG*, depende, em especial, (1) do tipo de matéria

⁴³⁶ BVerfGE 50, 290 (333)

⁴³⁷ cf. Parte IV, Seção 5, *infra*.

em questão, (2) das possibilidades de se construir um juízo satisfatoriamente seguro, (3) e do significado dos bens jurídicos em jogo.⁴³⁸

1. Intensivierte inhaltliche Kontrolle

MARTIN BOROWSKI afirma que, no caso da *intensivierte inhaltliche Kontrolle*, não se concede margem de avaliação ao legislador. Trata-se de um controle intenso de conteúdo, um controle total. BOROWSKI adverte, contudo, que isso poderia levar a um controle excessivo sobre o legislador, privando-o de sua competência constitucional.⁴³⁹

Deve-se, portanto, entender que se exigirá segurança ou certeza quanto aos efeitos da medida adotada pelo legislador. É preciso fomentar um interesse coletivo proeminente, que justifique, pois, a interferência em uma esfera cuja proteção é maior do que a comum. As premissas de que parte o legislador serão cuidadosamente analisadas e julgadas.⁴⁴⁰

O principal problema dos *Kontrolldichten* parece ser a indefinição da área de cada um. Não existe uma definição prévia da “bitola” ou da intensidade de controle a ser aplicada. Na decisão do *Mitbestimmungsgesetz*, por exemplo, o *BVerfG* deu a entender que teria usado um controle mais aguçado do que a

⁴³⁸ BVerfGE 50, 290 (332-3)

⁴³⁹ BOROWSKI, Martin. ‘Subjekte der Verfassungsinterpretation’, in ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul. *Handbuch des Staatsrechts*. 3.Auf. Heidelberg: C.F. Müller, vol. XII, 2014. pp. 778ss.

⁴⁴⁰ cf. BADURA, Peter. ‘Die Verfassung im Ganzen der Rechtsordnung und die Verfassungskonkretisierung durch Gesetz’, in ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul. *Handbuch des Staatsrechts*. 3.Auf. Heidelberg: C.F. Müller, vol. XII, 2014. pp. 406ss.

Vertretbarkeitskontrolle, se estivesse em jogo a vida ou a liberdade de uma pessoa.⁴⁴¹ Não existem, todavia, critérios claros e previsíveis.⁴⁴²

A *intensivierte inhaltliche Kontrolle* já foi utilizada em casos envolvendo a liberdade de indivíduo preso⁴⁴³, e nos casos em que a liberdade profissional foi limitada com base em critérios objetivos e que independem do comportamento ou das qualificações do cidadão.^{444 445}

2. Vertretbarkeitskontrolle

De acordo com JOACHIM WIELAND, o *BVerfG* efetua com frequência a *Vertretbarkeitskontrolle*, em detrimento dos dois outros graus de intensidade de controle.⁴⁴⁶ Destarte, pode-se afirmar que, em alguma medida, a regra tem sido a adoção de um controle intermediário, embora isso varie de acordo com a matéria vertente.

Vertretbarkeitskontrolle é sinônimo de “controle de plausibilidade”. Para que uma lei passe por esse crivo, deverá mostrar-se, ao menos, defensável ou plausível. Por sua vez,

⁴⁴¹ BVerfGE 50, 290 (333)

⁴⁴² cf., e.g., a defesa da decisão “Aborto I” do *BVerfG* feita por KRIELE, com base nos *Kontrolldichten*, em KRIELE, Martin (1985). ‘Die Wucht des Emanzipations-Denkens: Zum Abtreibungsurteil des Bundesverfassungsgericht’, in *Recht, Vernunft, Wirklichkeit*. Berlin: Duncker & Humblot, 1990.

⁴⁴³ BVerfGE 45, 187 (238) (Lebenslange Freiheitsstrafe)

⁴⁴⁴ BVerfGE 11, 30 (415) (Apotheken)

⁴⁴⁵ Sobre o tema, cf., logo a seguir, o item “c” desta Seção 1 da Parte IV.

⁴⁴⁶ WIELAND, Joachim. ‘Freie Wahl von Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte’, in DREIER, Horst. *Grundgesetz-Kommentar*. 3.Auf. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013. p. 1289

defensável será a avaliação do legislador que se oriente adequadamente a partir das informações que lhe sejam acessíveis. Não se impõe que a decisão seja a melhor possível. Exige-se, porém, que o legislador esgote as fontes de conhecimento à disposição, buscando prever, tanto quanto possível no momento, as consequências de sua medida. O *BVerfG* considera esta última exigência como de natureza procedimental.⁴⁴⁷

Ao invés de analisar em pormenor o conteúdo da lei, preza-se pela prerrogativa avaliativa do legislador. Por isso, a decisão do legislador provavelmente prevalecerá, desde que ele tome as precauções procedimentais exigidas. Não se perquire em detalhe sobre o acerto propriamente dito da decisão.⁴⁴⁸

Na decisão do *Mitbestimmungsgesetz*, por exemplo, o *BVerfG* deixou de analisar se seria o caso de adotar um escrutínio menos intenso – a *Evidenzkontrolle* –, porque já lhe pareceu claro que o legislador cumprira os requisitos mais elevados da plausibilidade.⁴⁴⁹ Entendeu-se, portanto, que a decisão do legislador era plausível. Sendo a lei meramente defensável, já não será afastada pelo Tribunal Constitucional.⁴⁵⁰

⁴⁴⁷ BVerfGE 50, 290 (333)

⁴⁴⁸ cf. HILLGRUBER, Christian. ‘Grundrechtsschranken’, in ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul. *Handbuch des Staatsrechts*. 3.Auf. Heidelberg: C.F. Müller, vol. IX, 2011. pp. 1059ss.

⁴⁴⁹ BVerfGE 50, 290 (333)

⁴⁵⁰ BOROWSKI, Martin. ‘Subjekte der Verfassungsinterpretation’, in ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul. *Handbuch des Staatsrechts*. 3.Auf. Heidelberg: C.F. Müller, vol. XII, 2014. p. 779

3. Evidenzkontrolle

Quando utilizada a *Evidenzkontrolle*, o controle à evidência, a lei adotada pelo Parlamento só deixará de prevalecer, se manifestamente arbitrária ou equivocada. Trata-se, portanto, do grau menos intenso de controle; e, conseqüentemente, daquele que concede a maior margem de atuação ao legislador.⁴⁵¹

CHRISTIAN BICKENBACH propõe que o controle à evidência seja entendido como sinônimo do *Untermaßverbot*.⁴⁵² Segundo o autor, ambos devem ser interpretados em conjunto, de modo a outorgar-se maior deferência ao legislador. O *Untermaßverbot* associar-se-ia, portanto, a uma análise equivalente ao controle à evidência; e não ao mais apurado controle de plausibilidade.⁴⁵³

O controle à evidência costuma ser utilizado em áreas em que a competência técnica do legislador se sobressai. Algumas questões de direito privado que não suscitem maiores problemas relativos a direitos fundamentais foram analisadas à luz dessa intensidade de controle.⁴⁵⁴

⁴⁵¹ BOROWSKI, Martin. ‘Subjekte der Verfassungsinterpretation’, in ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul. *Handbuch des Staatsrechts*. 3.Auf. Heidelberg: C.F. Müller, vol. XII, 2014. pp. 778ss.; BADURA, Peter. ‘Die Verfassung im Ganzen der Rechtsordnung und die Verfassungskonkretisierung durch Gesetz’, in ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul. *Handbuch des Staatsrechts*. 3.Auf. Heidelberg: C.F. Müller, vol. XII, 2014. pp. 406ss.

⁴⁵² Sobre *Untermaßverbot* e *Übermaßverbot*, cf. as considerações iniciais do item “b” desta Seção 1 da Parte IV, *supra*.

⁴⁵³ BICKENBACH, Christian. *Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014. pp. 388-91

⁴⁵⁴ BVerfGE 36, 1 (17) (Grundvertrag); 37, 1 (20) (Stabilisierungsfonds); 40, 196 (223) (Güterkraftverkehrsgesetz)

c) O peculiar caso dos níveis de intensidade aplicados ao direito fundamental à liberdade profissional: a *Stufentheorie*

Além dos *Kontrolldichten* propriamente ditos, existe ao menos um caso de “categorização” dos níveis de intensidade do controle judicial que atrai atenção. No chamado *Apotheken-Urteil*, o *BVerfG* lançou mão da assim chamada *Stufentheorie* (teoria dos graus, estágios ou níveis); e traçou critérios relativamente claros no que toca às limitações legais ao direito fundamental à liberdade profissional (*Berufsfreiheit*), previsto no art. 12 da Lei Fundamental. Os parâmetros fixados naquela ocasião são consideravelmente mais claros, fixos e estáveis do que aqueles que habitualmente são empregados quando do exame à luz apenas da proporcionalidade. São três os graus de intensidade de controle sobre lei que limita o direito fundamental à liberdade profissional.

Fixou-se, em primeiro lugar, que a liberdade do legislador é maior quando se trata de mera regra de exercício profissional (*reine Ausübungsregelung*), hipótese em que o legislador apenas disciplina, em pormenor, a forma como os profissionais de uma determinada área deverão realizar suas atividades.⁴⁵⁵ Reconhece-se que a margem de conformação do legislador é bastante ampla com respeito a esse tipo de lei restritiva.⁴⁵⁶ Em casos assim, o controle judicial limitar-se-ia à

⁴⁵⁵ BVerfGE 3, 377 (405-6)

⁴⁵⁶ WIELAND, Joachim. ‘Freie Wahl von Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte’, in DREIER, Horst. *Grundgesetz-Kommentar*. 3.Auf. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013.

máxima da proporcionalidade, cabendo a declaração de inconstitucionalidade somente se houver estipulações legais excessivamente onerosas e não razoáveis (*übermässig belastende und nicht zumutbare gesetzliche Auflagen*).⁴⁵⁷

Por outro lado, intensifica-se o escrutínio judicial, com a conseqüente redução da margem de conformação do legislador, quando um regramento legal condiciona o exercício de uma profissão a certos pressupostos subjetivos. É o que ocorre se a escolha profissional sujeitar-se a um rol de qualificações prévias, como a exigência de curso superior em determinada área, por exemplo.⁴⁵⁸ Nesta hipótese intermediária de controle, não se cuida de mera disciplina sobre o labor exercido, mas sim de impedir que indivíduos exerçam determinada profissão, salvo se preenchidos certos requisitos.

Quanto maior for a redução da liberdade profissional, maior deverá ser o controle sobre a medida restritiva. Sabe-se que a escolha profissional definirá boa parte da vida de uma pessoa, de maneira que se assegura constitucionalmente ao indivíduo o direito de desenvolver livremente sua personalidade na esfera profissional.⁴⁵⁹ Logo, a pretensão de liberdade profissional é colocada mais seriamente em jogo, quando se veda *tout court* o desempenho de uma atividade profissional.

p. 1288; BUMKE, Christian; VOßKUHLE, Andreas. *Casebook Verfassungsrecht*. 6.Auf. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013. p. 269

⁴⁵⁷ BVerfGE 3, 377 (406)

⁴⁵⁸ Sobre o debate no ordenamento jurídico brasileiro, cf. STF, RE 511.961/SP, Rel. MIN. GILMAR MENDES, julgado em 17/06/09, DJ 13/11/09.

⁴⁵⁹ BVerfGE 3, 377 (405)

A limitação legal quanto à forma de exercício profissional é, em regra, menos gravosa do que a limitação quanto à escolha da profissão. Com isso, o escrutínio judicial deve ser menos intenso no primeiro caso e mais intenso no segundo. Prevalece, portanto, que o preenchimento de requisitos para o exercício de uma profissão só poderá ser exigido, se isso for estritamente necessário para proteger um “bem social proeminente ou superlativo” (*überragendes Gemeinschaftsgut*).⁴⁶⁰

A intensidade de controle será ainda maior quando o exercício da profissão estiver sujeito a condições objetivas, assim definidas como as que não guardam qualquer relação com a qualificação profissional do indivíduo e sobre as quais ele não pode exercer qualquer influência.⁴⁶¹ No ordenamento jurídico alemão, este é o nível mais intenso ou denso de controle judicial sobre uma medida legal que limita o direito fundamental à liberdade profissional, porquanto ela só será válida se necessária para evitar perigos elevados, demonstráveis ou extremamente prováveis (*nachweisbar oder höchstwahrscheinlich*), contra um bem social proeminente ou superlativo.

A título de exemplo, se o Estado limita o número de advogados que podem atuar profissionalmente em uma localidade, impõe-se condição objetiva que não guarda relação com a qualificação do profissional e sobre a qual ele não pode influir. Repare-se que, por definição, todo advogado preenche os requisitos para exercer o respectivo múnus; não obstante, vê-se

⁴⁶⁰ BVerfGE 69, 209 (218)

⁴⁶¹ BVerfGE 3, 377 (406-7)

privado de seu exercício profissional por circunstâncias que fogem inteiramente ao seu controle.

O direito fundamental à liberdade profissional oferece um modelo de “categorização” da intensidade do controle judicial sobre atos normativos que limitam direitos fundamentais. Adotaram-se três diferentes níveis, os quais, a um só tempo, representam maior ou menor margem de conformação legislativa; e, conseqüentemente, menor ou maior intensidade do controle levado a cabo pela jurisdição constitucional.

Parte da doutrina entende que os rígidos parâmetros de controle de lei que limita a liberdade profissional seriam um exemplo de “concretização” da máxima da proporcionalidade.⁴⁶² Observe-se, contudo, que os parâmetros da *Stufentheorie* podem ser mais intensos do que uma mera análise da proporcionalidade da lei.

A *Stufentheorie* viabiliza a atribuição de pesos tanto às intervenções sobre o direito fundamental quanto aos bens jurídicos fomentados por meio de tais intervenções.⁴⁶³ No entanto, a atribuição de pesos ocorre abstratamente, já que efetuada antes da análise das circunstâncias do caso concreto. Nesse sentido, a instituição de níveis de controle judicial

⁴⁶² JARASS, Hans D.; PIEROTH, Bodo. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar*. 12.Auf. München: C.H. Beck, 2012. p. 343; MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. *Grundrechte*. 3.Auf. Baden-Baden: Nomos, 2012. p. 321; NOLTE, Martin. ‘Berufsfreiheit’, in STERN, Klaus; BECKER, Florian. *Grundrechte-Kommentar*. Köln: Carl Heymanns, 2010. p. 1009

⁴⁶³ MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. *Grundrechte*. 3.Auf. Baden-Baden: Nomos, 2012. p. 322

corresponde à fixação de preferências abstratas, conforme o que foi visto na Parte III, Seções 5 e 9, *supra*.

Afirmar que requisitos objetivos para o ingresso em determinada profissão só poderão prevalecer em circunstâncias excepcionais equivale a dar peso abstrato à liberdade profissional nessas circunstâncias. Ao aferir-se se as condições objetivas impostas por lei são constitucionais, a balança já pende em favor do direito fundamental à liberdade profissional. O ônus argumentativo milita contra a constitucionalidade da lei. Por isso, a chance de uma lei que impõe condições objetivas ao ingresso em uma profissão ser declarada inconstitucional é muito maior do que a chance de uma lei que só regulamenta o exercício desta profissão ser declarada inconstitucional.

À luz dessas considerações, é decorrência lógica que, no caso de leis que apenas disciplinam o exercício da profissão, não há qualquer preferência abstrata em favor do direito fundamental. No que diz respeito aos pressupostos subjetivos que condicionam a escolha de uma profissão, mostrou-se que é necessário provar interesse social proeminente a ser promovido pela lei. A mera dúvida não favorece o legislador; o peso abstrato já se revela intermediário, portanto. Por fim, tratando-se de condição objetiva o peso abstrato cresce até o grau mais elevado.

A *Stufentheorie* delimita relativamente bem as áreas em que a margem de conformação do legislador é menor ou maior. Os três diferentes níveis de controle oferecem maior previsibilidade do que a máxima da proporcionalidade.

Em dura crítica contra a máxima da proporcionalidade, OSSENBÜHL acusa-a de ser uma “niveladora e

enfraquecedora dos parâmetros constitucionais” (*Gleich- und Weichmacher der Verfassungsmaßstäbe*).⁴⁶⁴ Afinal, uma orientação pautada pelo caso concreto comprometeria a previsibilidade e a segurança jurídica quanto ao direito fundamental à liberdade de expressão.⁴⁶⁵ Conforme a Seção 4 da Parte III, *supra*, não podemos concordar inteiramente com as críticas de OSSENBÜHL. As objeções, entretanto, certamente não se estendem à *Stufentheorie* ou à adoção de níveis de intensidade do controle judicial – ao menos, não com a mesma intensidade.

Com base na decisão da Suprema Corte americana em *Brandenburg v. Ohio*⁴⁶⁶, DAVID M. O'BRIEN diferencia o sopesamento *ad hoc* ou casuístico (*ad hoc or case-by-case balancing*) do sopesamento com princípios ou definitivo (*principled or definitional balancing*). Para O'BRIEN, a postura da Suprema Corte quanto à liberdade de expressão rechaça um sopesamento *ad hoc*. Para ele, a simples ponderação caso a caso revela-se (1) pouco previsível e ambígua; (2) insuscetível de oferecer parâmetros sistemáticos e coerentes; e (3) tende a legitimar restrições à liberdade de expressão.⁴⁶⁷

Conforme a Seção 4 da Parte III, *supra*, não podemos concordar com as críticas de O'BRIEN. Sua objeção, todavia,

⁴⁶⁴ OSSENBÜHL, Fritz. 'Diskussionsbeitrag' (1981) 39 *VVDStRL*, 189–190, 189; cf. DREIER, Horst. 'Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG', in DREIER, Horst. *Grundgesetz-Kommentar*. 3.Auf. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013. p. 141 (n.r. 708)

⁴⁶⁵ SCHULZE-FIELITZ, Helmuth. 'Meinungs- und Pressefreiheit, Rundfunk- und Filmfreiheit', in DREIER, Horst. *Grundgesetz-Kommentar*. 3.Auf. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013. p. 687

⁴⁶⁶ cf. Parte II, Seção 1, item “b”, *supra*.

⁴⁶⁷ O'BRIEN, David M. *Constitutional Law and Politics: Civil Rights and Civil Liberties*. 8thed. New York: W.W. Norton & Company, 2011. pp. 470-3

procede no que se refere ao sopesamento não ser, por si só, previsível o bastante. Aquilo que O'BRIEN denomina de sopesamento definitivo ou com princípios nada mais é do que a adoção dos rígidos *standards of review* pela Suprema Corte americana.

O'BRIEN parece captar a intuição de que o sopesamento pode ocorrer *in abstracto*, o que fomentaria estabilidade e transparência. A ideia, contudo, não é desenvolvida por ele. Conforme se verá nas Seções 2 e 7 da Parte IV, *infra*, os níveis de intensidade do controle judicial, se aplicados analogamente à *Stufentheorie*, até preferem aos *standards of review*.

O decisionismo judicial tende a diminuir a partir de uma abordagem semelhante à *Stufentheorie*, porquanto os *onera* argumentativos passam a ser mais rigidamente distribuídos. As esferas em que a margem de conformação legislativa é maior passam a ser mais claramente demarcadas, o que pode revelar-se bastante produtivo no que toca ao permanente diálogo institucional entre Parlamento e Tribunal Constitucional. Um outro argumento a favor da funcionalidade da *Stufentheorie* parece ser a sua longevidade, visto que tem sido largamente aplicada até os dias atuais no que se refere ao direito fundamental à liberdade profissional.⁴⁶⁸

2) A influência dos fundamentos legitimadores da liberdade de expressão sobre os diferentes níveis de intensidade ou

⁴⁶⁸ BVerfGE 69, 209 (218); 75, 284 (296); 85, 248 (259); 102, 197 (214); 103, 1 (10); 103, 172 (183); 123, 186 (238); 126, 112 (141).

densidade de controle judicial: os níveis de intensidade de controle judicial aplicados ao direito fundamental à liberdade de expressão

Os fundamentos legitimadores do direito fundamental à liberdade de expressão tendem a reduzir a margem de conformação do legislador, restringindo as hipóteses de limitação desse direito. Quanto mais fundamentos legitimadores forem aplicáveis a um dado caso, menor será a margem de conformação do legislador.

A forte presunção a favor da liberdade de expressão só pode ser afastada quanto contraposta a interesses coletivos cogentes. Assim sendo, evita-se a visão radical de que o discurso político, por exemplo, jamais poderá ser limitado; bem como se esquia do outro extremo, consistente em colocar os direitos fundamentais no mesmo patamar de outros interesses coletivos, o que corrói a razão de ser desses direitos e esvazia a proteção por eles oferecida.⁴⁶⁹

Nesse sentido, tem-se uma importante regra de ônus argumentativo, segundo a qual, quanto maior a margem de conformação legislativa, mais limitado será o controle judicial.⁴⁷⁰ Por outro lado, quando menor for a margem de conformação, mais serão as exigências e justificativas necessárias para limitar o direito fundamental, o que autoriza um maior controle judicial. Se há muitos argumentos a favor da proteção jusfundamental,

⁴⁶⁹ Para um posicionamento semelhante, cf. DECEW, Judith Wagner. 'Free Speech and offensive expression', in FRANKEL PAUL, Ellen; MILLER, Fred D.; PAUL, Jeffrey. *Free Speech*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. pp. 89ss.

⁴⁷⁰ SCHULZE-FIELITZ, Helmuth. 'Rechtsweggarantie', in DREIER, Horst. *Grundgesetz-Kommentar*. 3.Auf. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013. pp. 1854-5

qualquer restrição só poderá prevalecer no caso de embasar-se em fundamentos sólidos e suficientes. Resta saber, por conseguinte, quando os contra-argumentos que justificam a restrição legal são bastantes para neutralizar a força dos argumentos que amparam a proteção do direito fundamental.

A adoção estruturada de diferentes níveis de intensidade do controle judicial não fornece uma resposta tarifária ou algorítmica para esse problema, porém contribui para a segurança jurídica, a qual, por sua vez, só pode ser garantida quando se evitam os sopesamentos casuísticos e o voluntarismo judicial. A *Wechselwirkungslehre* é um importante passo nessa direção, pois busca evitar que as decisões sejam sempre baseadas no caso concreto.⁴⁷¹ ⁴⁷² Contudo, o raciocínio que subjaz à *Wechselwirkungstheorie* deve ser aprimorado, e associado a pelo menos três estágios de intensidade do controle judicial efetuado pela Jurisdição Constitucional, a exemplo do que ocorre com os *standards of review* e os *Kontrolldichten*.

Na doutrina, conquanto haja autores que defendam uma maior proteção do discurso político⁴⁷³, há pouca sistematização quanto ao tema. O próprio *BVerfG* decidiu, em

⁴⁷¹ SCHULZE-FIELITZ, Helmuth. ‘Meinungs- und Pressefreiheit, Rundfunk- und Filmfreiheit’, in DREIER, Horst. *Grundgesetz-Kommentar*. 3.Auf. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013. p. 687

⁴⁷² Sobre a *Wechselwirkung*, cf. Parte II, Seção 2, item “b”, *supra*.

⁴⁷³ HELMUTH SCHULZE-FIELITZ fala de uma presunção em favor da primazia das liberdades de comunicação (*Vermutung für einen Vorrang der Kommunikationsfreiheiten*): SCHULZE-FIELITZ, Helmuth. ‘Meinungs- und Pressefreiheit, Rundfunk- und Filmfreiheit’, in DREIER, Horst. *Grundgesetz-Kommentar*. 3.Auf. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013. p. 688. No mesmo sentido: HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. ‘Nachvollziehende Grundrechtskontrolle’ (2003) 128 *Archiv des öffentlichen Rechts*, 173–225.

determinada ocasião, que uma limitação da luta de opiniões (*Meinungskampf*) só pode ser legitimada por causa da violação de uma matéria de bem estar coletivo suficientemente importante.⁴⁷⁴ Porém, essa abordagem ainda é pouco clara, além de não adotar a rigidez, a previsibilidade e os bem definidos *onera argumentandi* dos níveis de intensidade do controle judicial.

Além disso, se o órgão responsável pelo controle de constitucionalidade não decidir de maneira clara, aumentará a insegurança jurídica. O Tribunal Constitucional possui, ao menos em tese, a palavra final sobre a constitucionalidade de certas leis⁴⁷⁵; deve, por conseguinte, escolher entre ser o esclarecedor final ou o obscurantista final; pode ser luz ou trevas, para a comunidade jurídica. Se sua decisão não for clara, direta e objetiva, como se irá exigir que ela seja cumprida? A força vinculante e a oponibilidade *erga omnes* têm um preço: a criação de parâmetros nítidos e minimamente exatos, que efetivamente possam ser seguidos por todos.

Nesse contexto, seria salutar elaborar algo análogo à *Stufentheorie* para o direito fundamental à liberdade de expressão.

O critério a definir o grau de proteção constitucional deve ser, no caso da liberdade de expressão, o fundamento que

⁴⁷⁴ BVerfGE 107, 275 (281)

⁴⁷⁵ Há muitas críticas à ideia de que um Tribunal Constitucional tenha – ou deva ter – a “palavra final” em matérias constitucionais. A respeito, cf., e.g., HÜBNER MENDES, Conrado. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013. pp. 144, 186, 224; HÜBNER MENDES, Conrado. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. São Paulo: Elsevier, 2008. pp. 133, 185

ampara a sua proteção. Na Parte I, Seção 4, *supra*, foram listados e analisados diferentes fundamentos legitimadores que dão sustentáculo ao direito fundamental à liberdade de expressão. Nesse contexto, o discurso político encontra-se duplamente fundamentado, dado que (1) fomenta os fins a que se voltam as teorias instrumentais da liberdade de expressão⁴⁷⁶, e (2) é fruto de autodeterminação individual e desenvolvimento da própria personalidade, características que atraem a proteção de teorias de tipo intrínseco ou deontológico⁴⁷⁷.

Nesse sentido, a intensidade do controle judicial deve ser maior quando se tratar do discurso político. Mais adiante, no item “b” da Seção 4 desta Parte IV, veremos que existem *motivos estruturoconstitucionais* para proteger a liberdade de expressão. Trata-se, pois, de área em que a margem de conformação do legislador deve ser menor, à exceção do que ocorre normalmente.

Assim, se a liberdade de expressão já requer uma proteção mais acentuada em comparação com os demais direitos fundamentais, e se o discurso político abrange as formas de expressão que mais devem ser protegidas, então é razoável concluir que o discurso político só deve ser limitado para evitar perigos elevados, demonstráveis ou extremamente prováveis, contra um bem social proeminente ou superlativo.

Por sua vez, o discurso não-político, assim classificado na Seção 4 da Parte I, *supra*, demanda uma proteção menos elevada do que o discurso político. Sua tutela jurídica baseia-se

⁴⁷⁶ cf. Parte I, Seção 2, *supra*.

⁴⁷⁷ cf. Parte I, Seção 3, *supra*.

em um número menor de fundamentos legitimadores. Em princípio, a margem de conformação do legislador deve ser ampla, cabendo-lhe harmonizar os bens jurídico-constitucionais em potencial conflito. A liberdade de expressão, porém, é um direito fundamental peculiar, conforme se argumentará melhor adiante.⁴⁷⁸

Logo, no caso do discurso não-político, a margem de conformação do legislador deve ser intermediária, embora também reforçada. Assim, o discurso não-político só poderá ser limitado, desde que estritamente necessário para proteger um bem social proeminente ou superlativo.

Por fim, *ut supra demonstratum est*⁴⁷⁹, o discurso meramente empresarial possui pouquíssimos fundamentos legitimadores. Sua proteção merece a menor proteção. Não se encontram presentes, no caso do discurso meramente empresarial, as justificativas que atribuem uma tutela maior à liberdade de expressão. Consequentemente, é possível fixar que o discurso meramente empresarial poderá ser livremente limitado pelo legislador, somente cabendo eventual declaração de inconstitucionalidade se houver estipulações legais excessivamente onerosas ou manifestamente irrazoáveis.

O modelo que se acabou de delinear fornece maior previsibilidade e transparência no que se refere à adjudicação de direitos fundamentais. Trata-se de uma aplicação “concretizada”

⁴⁷⁸ cf. Parte IV, Seção 4, item “b”, *infra*.

⁴⁷⁹ cf. Parte I, Seção 4, *supra*.

da máxima da proporcionalidade. Tornando-a mais rígida, sua consequente inflexibilidade inibe casuísmos.

Buscou-se comprovar, na Parte III, Seção 6, *supra*, que os direitos fundamentais e as promessas são análogos, porquanto ambos são trunfos. Se isso procede, é forçoso concluir que a liberdade de expressão – a qual é inequivocamente um direito fundamental – é também uma promessa. Cuida-se, rigorosamente, de um compromisso da sociedade perante o indivíduo, o qual se vê contemplado com uma garantia prevista constitucionalmente no ordenamento jurídico.

O argumento pode ser esquematicamente apresentado da seguinte maneira:

- 1) A liberdade de expressão é um direito fundamental.
- 2) Todo direito fundamental é um trunfo.
- 3) Todo trunfo é análogo a uma promessa, ou seja, um compromisso que gera razões excludentes (*exclusionary reasons*).
- 4) A liberdade de expressão é análoga a uma promessa.

A partir da constatação de que a liberdade de expressão é análoga a uma promessa, podem ser deduzidas algumas consequências, que corroboram a ideia de que a liberdade de expressão não pode ser simplesmente sopesada ao lado de interesses coletivos. É intrínseco à noção de direito fundamental que certas pretensões individuais gozam de algum grau de prioridade lexical. Direitos fundamentais prevalecem

sobre uma grande amplitude de justificativas e exceções que normalmente seriam aceitas em outras circunstâncias.

Está certamente ultrapassada a noção, dominante entre os defensores da *Begriffsjurisprudenz*, de que os problemas jurídicos devem ser solucionados automaticamente por meio de categorias pré-determinadas, com base em um processo monádico de subsunção.⁴⁸⁰ Logo, qualquer modelo de adjudicação requer um mínimo de flexibilidade, o que os níveis de intensidade são capazes de oferecer. JOHN HART ELY defendeu, por exemplo, que “categorização” e sopesamento eram não apenas compatíveis, mas também complementares, inclusive no que se refere a problemas jurídicos concernentes à *First Amendment*.⁴⁸¹ À luz das ideias do autor, pode-se dizer que a forma de “categorização” aqui defendida nada mais é do que uma máxima da proporcionalidade mais rígida e estratificada. O sopesamento continua a ocorrer quando se adotam níveis de intensidade do controle judicial, contudo de maneira mais estruturada e previsível.

Parece incorreto afirmar que o uso de “categorização” conduz a resultados automáticos.⁴⁸² De fato, isso levaria a

⁴⁸⁰ SCHRÖDER, Jan. ‘Begriffsjurisprudenz’, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*. 2.Auf. Berlin: Erich Schmidt Verlag, 2008. pp. 500-2

⁴⁸¹ ELY, John Hart. ‘Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in the First Amendment Analysis’ (1975) 88 *Harv. L. Rev.*, 1482–1508, 1501; ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1980. p. 111

⁴⁸² A favor da oposição entre “categorização” e sopesamento e de que o uso de “categorização” conduz a resultados automáticos, cf. SULLIVAN, Kathleen M. ‘Post-Liberal Judging: The Roles of Categorization and Balancing’ (1992) 63 *U. Colo. L. Rev.*, 293–317; SCHAUER, Frederick. ‘Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts’ (1981) 34 *Vand. L. Rev.*, 265–307.

resultados implausíveis, pois a mera proteção constitucional de uma conduta implicaria a inconstitucionalidade de qualquer medida que a limitasse. Abordagem desse tipo só poderia ser compatível com uma teoria interna dos direitos fundamentais. Mas uma teoria desse tipo não apenas deve ser rejeitada à luz dos motivos expostos na Parte III, Seção 7, *supra*, como também não é capaz de oferecer critérios claros para a delimitação absoluta do âmbito de proteção do direito.

Em outras palavras, as penumbras do direito sempre geram problemas em uma teoria interna ou que se diz absoluta, visto que tão implausível quanto as penumbras do direito não possuírem proteção alguma é que elas possuam uma proteção absoluta. Esse problema é parcialmente identificado por JOSEPH BLOCHER⁴⁸³, o qual, todavia, deixa de perceber que um modelo de “categorização” não gera, por si só, resultados automáticos ou, como ele chama, “categóricos”.

Na Alemanha, os níveis de intensidade aplicados ao direito fundamental à liberdade profissional representam ao menos um caso em que é possível empregar “categorização”, sem automatismo jurídico. A *Stufentheorie* não padece desse tipo de problema.⁴⁸⁴ O fato de a Suprema Corte norte-americana ter-se valido, no caso *District of Columbia v. Heller*⁴⁸⁵, de uma argumentação em sentido contrário pode ser facilmente explicado.

⁴⁸³ BLOCHER, Joseph. ‘Categoricalism and Balancing in First and Second Amendment Analysis’ (2009) 84 *NYU L. Rev.*, 375–439.

⁴⁸⁴ cf. Parte IV, Seção 1, item “c”, *supra*.

⁴⁸⁵ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008)

Em primeiro lugar, a opinião da Corte, redigida pelo *Justice* ANTONIN SCALIA, parte claramente da premissa de que o direito fundamental a manter e portar armas (*right to keep and bear arms*) é insuscetível a limites, o que configura a utilização de uma teoria interna. Em segundo lugar, a opinião da Corte, que é bastante retórica, tenta mostrar que a proibição de armas de fogo portáteis (*handguns*) é inequívoca e patentemente inconstitucional, independentemente de qualquer sopesamento ou juízo de ponderação. Tratar-se-ia, destarte, de uma decorrência incondicionada e acachapante do próprio texto constitucional.

No entanto, pouco impressiona o fato de o *Justice* SCALIA – que é um conhecido opositor de qualquer tipo de sopesamento⁴⁸⁶ – ter redigido uma opinião majoritária, em uma votação de 5 a 6, que defende serem a categorização e o sopesamento incompatíveis. Essa relação de incompatibilidade mútua só poderia ser verdadeira por definição, o que configuraria uma petição de princípio.

Nesse contexto, a proposta de adoção de níveis de controle judicial está parcialmente sujeita às mesmas críticas feitas à máxima da proporcionalidade, algumas das quais foram rebatidas na Parte III, Seção 4, *supra*. Apesar disso, a máxima da proporcionalidade é menos previsível e confiável do que o modelo ora proposto, o que também significa que este é menos flexível do que aquela.

⁴⁸⁶ cf., e.g., *Maryland v King*, 569 U.S. ____ (2013) (Scalia J., dissenting)

Note-se que a proposta de adoção de diferentes níveis de controle vai, com certeza, consideravelmente além daquilo que prega BERNHARD SCHLINK, por exemplo. Para este autor, a proporcionalidade deveria limitar-se à adequação e à necessidade, quando se tratar de aferir a constitucionalidade de atos normativos. A prevalecer esse posicionamento, o sopesamento só poderia ser usado para declarar a invalidade de atos administrativos; jamais a de leis.⁴⁸⁷ Com esse teor, a proposta de SCHLINK não se compatibiliza com os argumentos da Parte III, Seção 4, *supra*.

A rigidez dos graus de intensidade de controle é sua principal vantagem; mas ao mesmo tempo sua principal desvantagem. É nesse contexto que se enquadra uma outra objeção possível ao modelo ora proposto.

3) As “restrições intensas constitucionais” e as “restrições leves inconstitucionais”: objeção à adoção de graus de intensidade de controle?

É possível objetar-se que os níveis de intensidade não lidam adequadamente com o fato de que, em matéria de direitos fundamentais, existem “restrições intensas constitucionais” e “restrições leves inconstitucionais”.⁴⁸⁸ Assim, suponhamos que “(...) uma lei, em sentido formal, aprovada pelo Congresso Nacional e

⁴⁸⁷ SCHLINK, Bernhard. *Abwägung im Verfassungsrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1976; SCHLINK, Bernhard. ‘Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit’, in BADURA, Peter; DREIER, Horst. *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*. Tübingen: Mohr Siebeck, vol. II, 2001. pp. 445ss.

⁴⁸⁸ AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. 2ªed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 108

sancionada pelo Presidente da República, proibisse manifestações de partidos comunistas nos dias 10 de fevereiro de cada ano, entre 14 e 18h”.⁴⁸⁹ Dificilmente tal lei seria considerada constitucional, muito embora se trate de restrição ínfima, já que ocorre apenas um dia por ano e, ainda assim, por apenas 4 horas.

Segundo a crítica, uma vez que o nível de intensidade cria categorias inteiras que são consideradas restrições intensas – sujeitas, portanto, a um escrutínio mais percuciente –, essa abordagem deixaria de levar em conta as peculiaridades de cada restrição. É o que ocorreria, por exemplo, com a atribuição de peso abstrato elevado ao discurso político em geral, conforme sugerido na Parte I, Seção 4, *supra*.

Consoante a objeção, aquilo que, à partida, pode parecer uma limitação intensa pode acabar por ter a sua constitucionalidade mais adequadamente aferida desde um controle mais deferente ao Parlamento.⁴⁹⁰ Ou seja: frequentemente, uma medida que reclamaria um controle mais vigoroso deve, na verdade, ser submetida a um controle menos intenso.

A objeção não procede por basicamente dois motivos: em primeiro lugar, o fato de uma restrição enquadrar-se em um nível de intensidade não implica um resultado automático; em segundo lugar, se a restrição for submetida a um escrutínio judicial mais intenso do que deveria, esse fato não revela um problema na

⁴⁸⁹ AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. 2ªed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 106

⁴⁹⁰ Em sentido semelhante, cf. HORWITZ, Paul. *First Amendment Institutions*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2013. pp. 53ss.

adoção de níveis de intensidade em si; mas sim na forma como as matérias foram agrupadas em níveis.

Pense-se no seguinte exemplo, objeto de esclarecimentos no item “c”, Seção 1, desta Parte IV, *supra*: o Estado cria condições objetivas para que indivíduos ingressem em uma dada profissão. Em tese, pode-se argumentar que nem todas as condições objetivas oferecem verdadeiro perigo ao direito fundamental à liberdade profissional, razão pela qual o nível de intensidade do controle judicial deveria ser determinado à luz das peculiaridades do caso concreto e da intensidade específica da restrição sob apreço.

A objeção, todavia, não convence. As considerações quanto à centralidade existencial da profissão que cada um exerce conduzem à conclusão de que: qualquer limitação que se refira a algo tão essencial como escolher o próprio mister e que ao mesmo tempo independa completamente dos méritos e esforços do indivíduo só pode ser justificada a partir de argumentos bastante sólidos e significativos.⁴⁹¹ Em outras palavras, os níveis de intensidade do controle judicial aplicados, na Alemanha, às balizas da liberdade profissional afiguram-se coerentes.

Repare-se, inclusive, que uma restrição submetida a um grau intenso de controle sempre poderá ser considerada constitucional. A escolha do nível de intensidade do controle

⁴⁹¹ Por razões análogas – baseadas no caráter fundamental e existencial do casamento e da procriação –, a Suprema Corte americana declarou inconstitucional lei que previa a esterilização compulsória dos condenados por alguns crimes específicos. Trata-se do caso *Skinner v. State of Oklahoma, ex. rel. Williamson*, 316 U.S. 535 (1942). A opinião da Corte, redigida pelo *Justice* WILLIAM O. DOUGLAS, pode ser facilmente explicada em termos de sopesamento: o objetivo fomentado pela lei do estado de Oklahoma simplesmente não era suficiente para justificar ingerência tão severa em uma área da vida humana que goza de particular proteção. Havia uma desproporção entre o peso do objetivo fomentado e o da interferência no direito envolvido.

judicial não bitola por completo o resultado da adjudicação; apenas impõe mais ou menos exigências e ônus argumentativos à limitação do direito fundamental. Disso se segue que restrições intensas poderão ser consideradas constitucionais, mesmo que analisadas minuciosamente e submetidas a muitos ônus argumentativos. Por razões análogas, limitações leves poderão ser consideradas inconstitucionais.

É de notar-se, entretanto, que, ainda que se admita que nem toda condição objetiva imposta à liberdade profissional equivalha automaticamente a uma restrição grave – o que afastaria a necessidade de um controle intenso –, o problema, nesse caso, estaria em aperfeiçoamentos dos níveis de controle adotados. Não seria verossímil alegar que a adoção de níveis de intensidade é defeituosa *tout court*, mas sim que as condições objetivas deveriam, na verdade, ser examinadas a partir de um controle intermediário, por exemplo – no lugar de um controle de maior intensidade e de menor margem de conformação.

Em síntese, pode-se discutir bastante quanto ao grau de deferência que deve ser concedido ao Parlamento. Porém, divergências quanto a esse ponto não ameaçam a adoção em si de níveis de controle; somente oferecem novos elementos quanto às matérias que devem ser submetidas a esse ou àquele grau de escrutínio judicial.

E, por meio dessas considerações, evidencia-se a resposta à objeção que se queria refutar. Resta, pois, que não assiste razão à objeção de que a adoção dos níveis de intensidade do controle judicial causa perplexidades, como não poder explicar como restrições leves a direitos fundamentais podem ser

inconstitucionais; e restrições intensas, constitucionais. Esses fenômenos podem ser explicados a contento, em uma teoria baseada em níveis de intensidade do controle judicial.

4) A rigidez dos níveis de controle: É (im)possível sopesar em abstrato?

a) Legitimidade democrática e competência institucional: os fundamentos da deferência ao legislador

ALAN D. P. BRADY aponta ao menos dois motivos que justificariam a deferência ao legislador: (1) legitimidade democrática; e (2) competência institucional. A legitimidade democrática surgiria, em tese, da representatividade do Parlamento, isto é, de sua capacidade de refletir as opiniões da população. Caberia ao Parlamento, em nome da população, escolher objetivos a serem perseguidos pelo Estado.

Muitos desses objetivos implicarão ingerência sobre o âmbito de proteção de direitos fundamentais. Logo, a própria sociedade deveria estipular, ao menos em princípio, o justo equilíbrio entre diferentes pontos de vista morais e jurídicos; entre interesses coletivos e direitos individuais. Trata-se de elege prioridades.⁴⁹² Nesse cenário hipoteticamente conflituoso, parece intuitivo que o menor número de cidadãos seja coagido a fazer algo contra sua vontade. Admitida essa premissa, a regra é que a

⁴⁹² BRADY, Alan D. P. *Proportionality and Deference under the UK Human Rights Act: An Institutionally Sensitive Approach*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 108

maioria decida que prioridades devem ser observadas pelo Estado.⁴⁹³

Em outras palavras, a legitimidade democrática atribui ao legislador a responsabilidade de tomar as decisões coletivas. Disso resulta que quanto maior a legitimidade democrática do legislador, maior será a razão para conceder-lhe deferência ou margem de conformação.⁴⁹⁴ A margem de conformação oriunda da legitimidade democrática é de tipo estrutural, porquanto fundada no fato de a Constituição não ter a resposta para todas as perguntas. É, simultaneamente, de tipo epistêmico, porque garante a prerrogativa decisória do legislador em casos de incerteza normativa, ou seja, de casos em que não está suficientemente claro se a Constituição prescreve, ou não, uma solução.

Ao revés, a margem de conformação baseada na competência institucional do legislador é de tipo predominantemente epistêmico, já que baseada no conhecimento técnico do legislador ou do administrador público sobre certas matérias. Trata-se, mais especificamente, de confiar, sobretudo, nas premissas fáticas de que parte o legislador.

Sabe-se que os termos explícitos da Constituição criam, com frequência, conflitos entre dois ou mais valores

⁴⁹³ Kelsen, Hans (1920). 'Vom Wesen und Wert der Demokratie', in Jestaedt, Matthias; Lepsius, Oliver. *Verteidigung der Demokratie*. Stuttgart: Mohr Siebeck, 2006. p. 4; cf. Kloepfer, Michael. *Verfassungsrecht: Grundlagen, Staatsorganisationsrecht, Bezüge zum Völker- und Europarecht*. München: C.H. Beck, vol. I, 2011. pp. 157ss.

⁴⁹⁴ Brady, Alan D. P. *Proportionality and Deference under the UK Human Rights Act: An Institutionally Sensitive Approach*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 108

igualmente constitucionais. Esses conflitos são comuns e não são resolvidos pela própria Constituição. Não há dúvida de que, em conflitos desse tipo, uma escolha terá que ser feita entre diferentes possibilidades, igualmente admitidas pelo texto.

Estar-se-á diante de um problema, justamente porque o constituinte brasileiro desejou, como os povos em geral desejam, de tudo um pouco. Ele quis adotar o rol mais amplo e belo de direitos e garantias, mas sem especificar, em pormenor, como eles deveriam ser aplicados.

Portanto, em casos de colisão de direitos fundamentais, é necessário ter deferência para com o Parlamento. Cabe a ele efetuar o sopesamento entre os diversos interesses em questão. Quando há desacordo moral e incerteza quanto ao caminho certo a trilhar, a democracia é o caminho precípua que os Estados de Direito adotaram para solucionar controvérsias.

Ausente uma resposta constitucional pré-determinada ou havendo indefinição quanto à sua existência, a legitimidade democrática do Parlamento transfere-lhe, pelo menos em regra, a prerrogativa para decidir. Por outro lado, em circunstâncias nas quais o processo democrático não funciona adequadamente, a perda de legitimidade democrática pode justificar uma maior intervenção judicial.⁴⁹⁵ É o que ocorre quando o Parlamento, por exemplo, legisla em causa própria; quando não é capaz de absorver as complexidades dos problemas ou as demandas das

⁴⁹⁵ LIU, Goodwin; KARLAN, Pamela S.; SCHROEDER, Christopher H. *Keeping Faith with the Constitution*. New York: Oxford University Press, 2010. p. 47; BALKIN, Jack M. *Living Originalism*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011. pp. 272-3

pessoas envolvidas; ou quando por qualquer outro motivo se mostra enviesado⁴⁹⁶ ou divorciado dos interesses que deveria espelhar.

Analogamente, a competência institucional também fundamenta a deferência ao Parlamento.⁴⁹⁷ Competência institucional significa aptidão técnica ou *know-how* para opinar sobre um determinado assunto. Pode-se dizer, por exemplo, que o Parlamento possui competência institucional para aferir a realidade do país no que se refere à saúde, à educação e à

⁴⁹⁶ Evidentemente, o viés em questão deve ser entendido *cum grano salis*. Do contrário, corre-se o risco de impor ao Parlamento um modelo de deliberação que não é democrático. Não se deve impor a racionalidade jurídica, por exemplo, ao legislador. Soluções de compromisso, oriundas de transigência entre diferentes grupos de interesse, podem mostrar-se incoerentes e irracionais à primeira vista. Contudo, é ínsito ao processo democrático que se busque a vitória de certos interesses; bem como que concessões mútuas sejam feitas. Partidos políticos são, por definição, enviesados; e certamente se trata de algo esperado – e até salutar – em uma democracia. Porém, o perfil político-ideológico é justamente o tipo de viés que robustece a legitimidade do Parlamento; afinal, o congressista foi eleito para representar e defender certos interesses políticos. Cenário diverso, entretanto, é aquele em que o viés parte de fatores completamente divorciados do perfil político-ideológico do congressista enquanto tal. Esse segundo tipo de viés corrói – ou até neutraliza – a legitimidade democrática. Há casos em que é generalizado o divórcio ideológico entre o interesse efetivamente defendido pelo legislador e aquele que ele se comprometeu a defender. Esse divórcio rompe o ideal representativo. Se o divórcio for indiscriminado, tem-se uma razão a menos para deferir-se ao legislador. Presumidamente, esse divórcio manifesto ocorre, por exemplo, quando o Parlamento inteiro – ou ao menos a maioria dele – é “ideologicamente sequestrado”, pela tentação de legislar em nome de interesses próprios. Conforme melhor esclarecido logo adiante, na Seção 4, item “b”, *qui infra scriptus est*, a bancada ruralista no Congresso Nacional brasileiro parece ser um bom exemplo do mencionado divórcio ideológico: trata-se predominantemente de políticos que foram eleitos com base em pautas eleitorais sem qualquer conotação latifundiária e que votam a favor de propostas ruralistas por serem eles próprios fazendeiros. Cumpre ressaltar, por coerência, que parlamentares que se elegem com fulcro em bandeiras ostensivamente em favor do agronegócio não se sujeitam a esse tipo de crítica.

⁴⁹⁷ BRADY, Alan D. P. *Proportionality and Deference under the UK Human Rights Act: An Institutionally Sensitive Approach*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. pp. 113-7

segurança públicas. Assim, se o governo entende que uma determinada medida irá melhorar consideravelmente a saúde pública, há pelo menos uma razão para acreditar nisso: a competência institucional do Parlamento.

Por razões análogas ao que ocorre com a legitimidade democrática, deve-se dizer que, quanto maior a competência institucional do Parlamento sobre uma matéria, maior deve ser a deferência a ser-lhe conferida. Tanto a legitimidade democrática quanto a competência institucional far-se-ão presentes em diferentes graus.⁴⁹⁸ Quanto maior a legitimidade democrática ou competência institucional do Parlamento, maior deverá ser a deferência concedida ao legislador.

Quando houver incerteza, a prerrogativa para decidir deve ser do Parlamento. A incerteza poderá ser quanto ao que a Constituição prescreve, ou deixa de prescrever; ou em relação às premissas empíricas que legitimam uma ingerência sobre direito fundamental. No primeiro caso (incerteza epistêmico-normativa), a margem de conformação cresce predominantemente por causa da legitimidade democrática; no segundo (incerteza epistêmico-empírica), por causa da competência institucional.⁴⁹⁹

Em suma, em um Estado que se diz democrático, questões essenciais devem ser decididas pelo Parlamento, independentemente de se concordar com as decisões que ele

⁴⁹⁸ BRADY, Alan D. P. *Proportionality and Deference under the UK Human Rights Act: An Institutionally Sensitive Approach*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 110

⁴⁹⁹ BRADY, Alan D. P. *Proportionality and Deference under the UK Human Rights Act: An Institutionally Sensitive Approach*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 107

toma. Entender a Constituição como ordem-moldura, entre a *demasia* e a *insuficiência*, entre o *Übermaßverbot* e o *Untermaßverbot*, significa ser deferente ao Parlamento, sem anular a superioridade hierárquica da Constituição em face das normas infraconstitucionais.

A Constituição e a Jurisdição Constitucional devem funcionar como uma *navalha de Ockham*. Os constitucionalistas não têm a resposta para todos os problemas morais, sociais, econômicos, políticos, etc. Com efeito, é necessário fugir tanto de Cila quanto de Caríbdis. Ou seja: tão necessário quanto evitar uma *subconstitucionalização do Direito* é impedir uma *hiperconstitucionalização do Direito*. Basta a *constitucionalização do Direito*; basta a ordem-moldura.

b) Os pesos abstratos do sopesamento

Uma possível objeção ao modelo dos níveis de controle judicial pré-fixados é a seguinte: as razões que fundamentam a deferência – basicamente, legitimidade democrática e competência institucional – não podem ser determinadas abstratamente.⁵⁰⁰ Em um caso que envolva liberdade de expressão, a legitimidade democrática pode ser alta, enquanto que, em outro caso envolvendo o mesmo direito fundamental, a legitimidade pode ser baixa. Seria, portanto, equivocado estabelecer graus rígidos de intensidade do controle judicial.

⁵⁰⁰ BRADY, Alan D. P. *Proportionality and Deference under the UK Human Rights Act: An Institutionally Sensitive Approach*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 107

Segundo ALAN D. P. BRADY, a margem de deferência dependeria sempre de uma análise casuística da legitimidade democrática e da competência institucional do legislador. A legitimidade democrática e a competência institucional seriam sempre mensuradas à luz do caso concreto sob exame judicial.⁵⁰¹ Esse tipo de abordagem deve ser rejeitado.

Alguns direitos fundamentais são particularmente sensíveis à deliberação democrática. Considere-se o caso de uma minoria cultural que vive em um país cuja população lhe é hostil. O Parlamento do país imaginário compõe-se majoritariamente por congressistas contrários aos direitos da minoria. Contudo, por motivos históricos, a Constituição do país assegura certos direitos fundamentais à minoria mencionada.

Conceder ao Parlamento a prerrogativa de decidir os pormenores da aplicação dos direitos fundamentais da minoria significaria o esvaziamento desses direitos. Não se cuida de um fator que deva ser aferido casuisticamente. Pode-se, de antemão, afirmar que tais direitos não serão suficientemente protegidos, se estiverem à disposição de um Parlamento hostil aos direitos fundamentais em questão.

Por razões análogas, existem direitos fundamentais que, por peculiaridades suas, não serão suficientemente protegidos pelo Parlamento. No caso de alguns direitos fundamentais, a legitimidade democrática do Parlamento já é, desde logo, reduzida.

⁵⁰¹ BRADY, Alan D. P. *Proportionality and Deference under the UK Human Rights Act: An Institutionally Sensitive Approach*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 107

As peculiaridades que corroem a legitimidade democrática ou a competência institucional do Parlamento podem ser classificadas – conforme ora se propõe – como *endoconstitucionais* ou *estruturoconstitucionais*. Presentes tais peculiaridades, justifica-se um controle judicial mais intenso; e menor será, por conseguinte, a deferência ao legislador.

Endoconstitucionais são as razões específicas ou internas a um dado texto constitucional que justificam uma especial proteção por parte do Tribunal Constitucional. Isso significa que uma dada Constituição, por motivos contingentes, estabeleceu, implícita ou explicitamente, que determinado direito receberia uma proteção mais intensa.

Estruturoconstitucionais, por outro lado, são as razões estruturais ou conglobantes que justificam especial proteção por parte do Tribunal Constitucional. As razões estruturoconstitucionais geralmente defluem da própria ideia de Constituição democrática e da desconfiança quase que *tout court* de o Parlamento deliberar sobre certas matérias.

No Brasil, ao que nos consta, não existem estudos sistemáticos sobre a bancada ruralista no Congresso Nacional. A bancada ruralista pode ser definida como a frente parlamentar que defende os interesses dos proprietários rurais. É difícil estipular critérios minimamente claros para definir quantos deputados compõem a bancada ruralista. Estima-se que entre 120 e 200 Parlamentares se enquadram na descrição dada.⁵⁰²

⁵⁰² Quaisquer estimativas são duvidosas, visto que a assim chamada “bancada ruralista” engloba muitos congressistas que votam a favor dos interesses dos proprietários rurais sem se declararem abertamente quanto a esses temas. É certo que

Considerando-se que o Congresso Nacional é composto por 594 congressistas (513 deputados federais e 81 senadores), é razoável concluir que há uma sobre-representação dos interesses ruralistas no Congresso Nacional. Se admitirmos que os quase 200 milhões de brasileiros são representados por 594 congressistas, teremos um congressista a cada 336.700 brasileiros, aproximadamente. Se é assim, a bancada ruralista representaria, proporcionalmente, o interesse de 67.340.000 brasileiros. Todavia, o número de proprietários rurais – sobretudo latifundiários – é notoriamente menor do que 67 milhões de brasileiros.

Em razão do exposto, configurada a sub-representação ou a sobre-representação de certos interesses no Parlamento, surge a necessidade de equalizar esse desequilíbrio. Se direitos fundamentais estiverem em jogo, um dos principais motivos que

vários parlamentares se elegem com base em plataformas políticas abertamente ruralistas. Tendo em vista que esse segundo grupo também compõe a bancada ruralista, é difícil defini-la. Estima-se que, após as eleições de 2014, a bancada ruralista aumente significativamente. O chamado núcleo duro da Frente Parlamentar da Agropecuária deve passar de 60 para cerca de 70 deputados. Contudo, em geral, mais de 200 congressistas devem apoiar a agenda ruralista (antes, eram cerca de 190). A agenda ruralista possui, segundo relatos jornalísticos, pelo menos 3 propostas cruciais: 1) dar ao Congresso a palavra final sobre a demarcação de terras indígenas; 2) retirar “trabalho degradante” da definição de trabalho escravo; 3) flexibilizar a legislação ambiental. Não há contornos precisos sobre o tema, que está a merecer um trabalho acadêmico sério. De qualquer forma, as informações citadas nesse texto podem ser extraídas de notícias veiculadas em jornais – que são praticamente a única fonte disponível. Nesse sentido, cf. VALENTE, Rubens. “Bancada ruralista cresce 58% e barra combate à escravidão” *Folha de S. Paulo*, 21 out. 2007; s.a. “Bancada ruralista festeja saída de Marina do cargo” *Folha de S. Paulo*, 14 maio 2008; s.a. “Bancada ruralista tem maioria na comissão que vai discutir demarcação indígena” *Folha de S. Paulo*, 11 dez. 2013; MAGALHÃES, José Carlos. “Mais conservadora, Câmara deve barrar ações liberalizantes” *Folha de S. Paulo*, 8 out. 2014.

legitimam a deferência ao Parlamento cessará: a legitimidade democrática reduz-se quando há um descompasso substancial entre os interesses da população e aqueles defendidos pelos congressistas. A baixa representatividade do Parlamento corrói sua legitimidade democrática.

Por conseguinte, a sub-representação e a sobre-representação de interesses conflitantes com bens-jurídicos constitucionais diminuem a margem de conformação do legislador, o que autoriza um controle judicial mais intenso por parte do Tribunal Constitucional. O exemplo da bancada ruralista somente ilustra a sobre-representação de certos interesses.

É importante enfatizar, porém, que a sobre-representação, por si só, não gera a diminuição da margem de conformação do legislador. É necessário, adicionalmente, que algum bem jurídico-constitucional conflite com o interesse sobre-representado, tornando o Parlamento um fórum inapropriado, ao menos em casos delicados, para legislar sobre aquela matéria.

Nesse contexto, considere-se o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, garantido pela Constituição Federal às gerações presentes e futuras.⁵⁰³ Se apenas restar configurado que o Parlamento brasileiro “legisla em causa própria” e que há uma sobre-representação de interesses ruralistas no Congresso Nacional, ainda não será possível defender um controle judicial mais intenso.

⁵⁰³ Sobre o direito fundamental das gerações futuras ao desenvolvimento sustentável (*nachhaltige Entwicklung*), cf. KLEIBER, Michael. *Der grundrechtliche Schutz künftiger Generationen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014.

Para que haja um motivo endoconstitucional a justificar um controle judicial intensificado, precisamos, além da sobre-representação, de um *plus*: o garantismo ambiental instituído pela Constituição Federal de 1988.

A proteção ambiental não é elemento ínsito a uma Constituição. Muitas Constituições não contêm normas acerca do meio ambiente; outras só passaram a tutelar o meio ambiente recentemente. É o que ocorre na França⁵⁰⁴ e na Alemanha⁵⁰⁵, por exemplo. No caso da Alemanha, porém, o texto constitucional, mesmo após emendado, é relativamente indeterminado, sem que se delineiem os pormenores da proteção constitucional ao meio ambiente.

Contrariamente, a Constituição Federal de 1988 criou um amplo rol de garantias voltadas ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Conquanto as normas constitucionais ambientais estejam previstas em um só artigo – o art. 225 da CF –, as prescrições constitucionais são detalhistas: ao todo, são seis parágrafos, um dos quais se subdivide em sete incisos.

O art. 225 da CF disciplina matérias que normalmente estariam previstas apenas em norma infraconstitucional, o que

⁵⁰⁴ Art. 20a da Lei Fundamental alemã de 1949 (incluído apenas em 1994; só passou a proteger a fauna expressamente em 2002, quando o *Grundgesetz* foi novamente alterado).

⁵⁰⁵ A *Charte d'Environnement* (2004) é o único documento integrante do Bloco de Constitucionalidade francês que dispõe sobre o meio ambiente. A *Charte* possui, por conseguinte, a mesma estatura constitucional que os outros documentos que compõem o Bloco de Constitucionalidade: Constituição francesa de 1958 propriamente dita, Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e preâmbulo da Constituição de 1946. Sobre o tema, cf., e.g., BOYRON, Sophie. *The Constitution of France: A Contextual Analysis*. Oxford: Hart, 2013. pp. 37-43

permite inferir que o constituinte desejou atribuir uma proteção extraordinária ao meio ambiente. É o que ocorre, notadamente, com relação à exigência constitucional de estudo prévio de impacto ambiental; à exigência de lei para se suprimirem unidades de conservação ambiental, ainda que elas possam ser criadas por decreto; à responsabilização penal, civil e administrativa da pessoa jurídica por danos ambientais; etc.

Quando se trata do direito fundamental ao meio ambiente, dois fatores unem-se para fundamentar uma razão endoconstitucional de intensificação do controle judicial: a sobre-representação dos interesses ruralistas no Congresso Nacional e a enfática proteção dada pela Constituição Federal ao meio ambiente. Este último fundamento denota a preocupação do constituinte em retirar algumas questões referentes ao meio ambiente do âmbito de atuação do legislador infraconstitucional. Em suma, as razões endoconstitucionais decorrem das particularidades de um cenário constitucional específico; elas são internas ao Direito Constitucional de um dado país.

Nos exemplos vertentes, as particularidades referem-se ao cenário constitucional brasileiro. Essas razões endoconstitucionais conduzem-nos à conclusão de que o controle judicial exercido no Brasil – sobretudo pelo Supremo Tribunal Federal – pode ser mais intenso quando o meio ambiente estiver em jogo. Isso porque o principal fórum de deliberação democrática mostra-se enviesado de maneira fortemente contrária ao bem jurídico-constitucional.

Nada leva a crer, contudo, que a análise das razões endoconstitucionais deva ser casuística. O direito fundamental ao

meio ambiente, abstratamente considerado, merece uma tutela mais intensa. Essa conclusão procede de considerações empíricas – sobre o texto constitucional e sobre a composição do Parlamento –; mas não casuísticas. Não é necessário analisar caso a caso, a fim de saber se sobre o meio ambiente deve incidir um controle judicial maior.

A falta de legitimidade democrática do Congresso Nacional, desde que presente, não varia caso a caso. É de rechaçar-se, portanto, a tese de ALAN D. P. BRADY, para quem a margem de deferência depende sempre de uma análise casuística da legitimidade democrática e da competência institucional do legislador. É perfeitamente possível traçar parâmetros gerais que independem de um caso concreto específico. A legitimidade democrática e a competência institucional não se alteram casuisticamente. A proteção do meio ambiente instituída pelo texto constitucional e a sobre-representação de certos interesses no Congresso Nacional fornecem motivos suficientemente abstratos para delimitar a discricionariedade legislativa.

Também podemos fixar prioridades abstratas no caso das razões estruturoconstitucionais. Estas relacionam-se à pouca liberdade de que deve dispor o legislador infraconstitucional para concertar certas relações jurídicas enquanto tais. Não se trata de uma razão paroquial ou regional, que se ligue a um cenário constitucional específico; mas sim de razões estruturalmente ínsitas à noção de Constituição democrática, conforme entendida hodiernamente.

Essas noções estruturais não são atemporais, tampouco independem completamente do uso social da expressão

“Constituição democrática” (ou seja, não independem do jogo de linguagem em que se insere essa expressão). Porém, admitindo-se que há uma norma democrática hierarquicamente superior às demais que serve para reger certas relações jurídicas, tal norma certamente afastará algumas matérias particularmente sensíveis do alcance das maiorias transitórias. Do contrário, já não poderia ser considerada democrática, nem garantiria proteção adequada a certos bens jurídico-constitucionais.

Alguns bens jurídico-constitucionais ficariam fortemente fragilizados, se fossem entregues ao legislador infraconstitucional. Dessa forma, as razões estruturoconstitucionais impõem uma margem de conformação menor ao legislador, desde que se trate de determinados bens-jurídicos especialmente suscetíveis a abuso.

Eis as teses a serem defendidas a seguir: o legislador deve ter menos margem de conformação no que tange às normas eleitorais, por motivos estruturoconstitucionais. O mesmo ocorre com a liberdade de expressão.

É constitutivo de um Estado Democrático de Direito fundado, de um lado, na representatividade, na alternância de poder, na *accountability* dos governantes; e de outro, no indivíduo e na sua autodeterminação, que as regras eleitorais sigam sempre várias exigências que lhes são inerentes e que todo sujeito possa expressar-se livremente, ainda que o conteúdo do seu discurso seja minoritário e cause consternação.

As regras eleitorais são intrinsecamente suscetíveis ao abuso. Isso porque leis são feitas por maiorias transitórias. Essas

mesmas leis, contudo, irão reger o processo eleitoral e o conflito entre os grupos políticos.

É fácil conceber, portanto, um cenário de distorção democrática: suponha-se que um partido obtenha a maior parte dos votos em uma eleição e torne-se majoritário. A partir daí, se qualquer matéria fosse livremente modificável por meio de lei ordinária, o partido poderia alterar várias leis nacionais, de modo a acabar com os direitos e garantias fundamentais e instituir uma ditadura partidária. Um partido majoritário poderia, por exemplo, extinguir todos os demais partidos ou acabar com a liberdade de expressão e com o direito ao voto. Poderia, ainda, tomar medidas mais sutis, mas não menos inconstitucionais, tais como dispor sobre os fundos partidários de maneira que lhe favorecesse e prejudicasse os demais partidos. Poderia, também, criar regras que dificultassem o acesso dos outros partidos ao Parlamento, de modo a consolidar sua maioria no próximo pleito.

São inúmeras as medidas casuísticas que poderiam ser adotadas. Assim, bastaria que um partido obtivesse o poder pela primeira vez, para que dificilmente pudesse ser deposto pela população. As minorias perderiam a chance de tornar-se maioria⁵⁰⁶ e o *fair play* democrático chegaria ao fim. Nesse contexto, parece-nos que medidas eleitorais casuísticas podem, sim, exorbitar da competência legislativa do Congresso Nacional e macular, por conseguinte, o devido processo legislativo.

É certo que, quando a Constituição exige uma maioria mais elevada para a alteração de seu texto, esse fato implica que

⁵⁰⁶ HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C.F. Müller, 1999. p. 69

algumas questões fundamentais apenas podem ser resolvidas com a participação da minoria. Em outras palavras, a maioria não possui – ao menos em algumas matérias – o direito de impor sua vontade às minorias.⁵⁰⁷ Requer-se uma maioria maior do que de costume para aprovar uma proposta de emenda à Constituição, por exemplo.

Mas são as leis ordinárias – e não a própria Constituição – que regem, pelo menos em regra, o processo eleitoral. Os pormenores do processo eleitoral certamente não são regulados pela Constituição. Temos, portanto, uma razão estruturoconstitucional para que a intensidade do controle judicial seja mais intensa sobre leis eleitorais.

As leis eleitorais são, por si sós, propensas ao abuso. Isso porque uma maioria parlamentar dificilmente resistirá à tentação de minar seus oponentes políticos por meio de leis eleitorais que lhe sejam mais favoráveis. Apenas em cenários muito atípicos essa tendência ao abuso não se faria presente. O controle judicial das regras do jogo democrático foge à regra de acordo com a qual o Parlamento possui ampla margem de conformação. Do contrário, o grupo político no poder facilmente aniquilaria o *fair play* necessário para o funcionamento saudável da democracia.

Também no caso da liberdade de expressão existem motivos estruturoconstitucionais para um controle judicial mais intenso. É amplamente aceito que leis ordinárias possam limitar o direito fundamental à liberdade de expressão. Trata-se de uma

⁵⁰⁷ KELSEN, Hans. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit* (VVDSStL, 5). Berlin u. Leipzig: Walter de Gruyter, 1929. pp. 80ss.

decorrência direta da teoria externa, já defendida na Parte III, Seção 7, *supra*. A título de exemplo, os tipos penais da injúria, da difamação e da calúnia, que limitam a liberdade de expressão, encontram-se em lei ordinária – o Código Penal –; e não na Constituição.

Não obstante, as limitações à liberdade de expressão devem submeter-se a um escrutínio mais intenso. Eis os fundamentos: leis ordinárias espelham a vontade da maioria da população. O direito fundamental à liberdade de expressão protege justamente o discurso incômodo, impopular, crítico, etc. Se as leis ordinárias pudessem tolher livremente a liberdade de expressão, este direito fundamental esvaziar-se-ia por completo.

O princípio majoritário concede à maioria o direito de vincular a minoria por meio de suas decisões, mas não obriga a minoria adotar as opiniões da maioria.⁵⁰⁸ Não se pode perder isso de vista.

Nesse contexto, o direito fundamental à liberdade de expressão é contramajoritário por excelência. Encontra-se, portanto, mais facilmente sujeito à oposição da maioria do que outros direitos fundamentais. Daí dizer-se que a liberdade de expressão possui um peso abstrato maior. Sua fragilidade impõe uma maior proteção, porque qualquer limitação traz consigo um maior perigo de esvaziamento.

O peso abstrato de um direito fundamental nada mais é do que seu peso em relação aos demais direitos fundamentais;

⁵⁰⁸ BVerfGE 2, 143 (172); cf. JARASS, Hans D.; PIEROTH, Bodo. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar*. 12.Auf. München: C.H. Beck, 2012. p. 729

mas independentemente das circunstâncias de um caso concreto.⁵⁰⁹ Razões estruturoconstitucionais caracterizam, precisamente, os direitos fundamentais com peso abstrato acima da média, como a liberdade de expressão. Trata-se de direitos cuja natureza impõe uma tutela jurídico-constitucional maior; e, conseqüentemente, uma menor margem de conformação legislativa.

Podemos concluir, portanto, que existem motivos estruturoconstitucionais para intensificar o controle judicial de leis que regulem o processo eleitoral e restrinjam o direito fundamental à liberdade de expressão.

Os níveis de intensidade ou densidade de controle já se incorporaram de alguma forma à dogmática dos direitos fundamentais. A *Stufentheorie* configura um exemplo, ainda que episódico e isolado. Entretanto, o estado atual da dogmática favorece o casuísmo e a insegurança.

MATTHIAS KLATT, por exemplo, parece-nos crítico da “categorização”. Segundo ele, os níveis de intensidade de controle devem amoldar-se ao caso concreto.⁵¹⁰ O próprio KLATT reconhece que, dessa forma, os níveis de intensidade tornam-se um elemento ou argumento “coringa” (*Jokerargument*).⁵¹¹ Este termo

⁵⁰⁹ KLATT, Matthias. *Die praktische Konkordanz von Kompetenzen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014. p. 213

⁵¹⁰ KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. ‘Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Ein Strukturelement des globalen Konstitutionalismus’ (2014) 54 *JuS*, 193–199, 199 [trad. port. KLATT, Matthias. ‘A máxima da proporcionalidade: um elemento estrutural do Constitucionalismo global’ (trad. João Costa Neto) (2014) 7 *Observatório da Jurisdição Constitucional* 23–41].

⁵¹¹ KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. ‘Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Ein Strukturelement des globalen Konstitutionalismus’ (2014) 54 *JuS*, 193–199, 199

é utilizado sem qualquer conotação pejorativa. Pretende-se apenas mostrar que o nível de intensidade do controle judicial deverá variar conforme os cenários fático e jurídico. Em algumas hipóteses, o controle judicial deverá ser mais intenso; em outras, menos intenso.

KLATT rejeita uma relação de preferência ou primazia incondicionada, em favor de uma condicionada, conforme defende ALEXY⁵¹². Para KLATT, a intensidade do controle deve variar sempre; mais especificamente, deve variar de acordo com as particularidades do caso concreto.⁵¹³

KLATT possivelmente criticaria a proposta deste trabalho sob o argumento de que estabelece uma relação incondicionada e inflexível.⁵¹⁴ Entretanto, a adoção de graus de intensidade rígidos também configura uma forma de preferência condicionada. Institui-se, porém, uma preferência ou hierarquia entre dois princípios colidentes de maneira mais rígida; essa relação deixa de variar caso a caso, portanto. Não se trata de uma relação incondicionada, ou invariável; mas sim de uma que varia menos e – o que é ainda mais importante – segundo parâmetros mais estáveis.

[trad. port. KLATT, Matthias. ‘A máxima da proporcionalidade: um elemento estrutural do Constitucionalismo global’ (trad. João Costa Neto) (2014) 7 *Observatório da Jurisdição Constitucional* 23–41].

⁵¹² ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2.Auf. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. pp. 81ss.

⁵¹³ KLATT, Matthias. *Die praktische Konkordanz von Kompetenzen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014. p. 251

⁵¹⁴ cf. KLATT, Matthias. *Die praktische Konkordanz von Kompetenzen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014. pp. 251ss.

Não se trata de uma preferência incondicionada, porque não vale *sub specie aeternitatis*. A escolha de uma intensidade de controle não vincula automaticamente o resultado, como já visto⁵¹⁵. Porém, a classificação mais rígida da intensidade do controle judicial, feita de acordo com os direitos ou interesses envolvidos, reproduz, de fato, uma mesma relação de preferência para um sem-número de casos. Esta, porém, é uma das principais vantagens da proposta: só assim é possível ganhar maior transparência, previsibilidade e estabilidade.

Não se pode admitir que o nível de controle se torne um “coringa” argumentativo. É preciso tornar mais rígidos os níveis de controle, a fim de obter-se maior segurança jurídica. Diferentemente de ALAN D. P. BRADY, MATTHIAS KLATT admite que legitimidade democrática e competência institucional podem ser mensuradas abstratamente. Trata-se de decorrência lógica da preferência abstrata defendida por KLATT. Ele parece, contudo, entender que o sistema se tornaria excessivamente fixo ou rígido em um modelo como o proposto neste trabalho.

KLATT parece mais sensível do que necessário às peculiaridades do caso concreto. Sua abordagem concede muita margem de ação ao magistrado. Perde-se previsibilidade dessa maneira. De fato, mostramos que é possível sopesar abstratamente. Isso, porém, não é apenas possível, mas também necessário. Do contrário, os níveis de intensidade do controle

⁵¹⁵ cf. Parte IV, Seção 3, *supra*.

judicial serão fixados *ad hoc* pelos magistrados; nesta hipótese, tornar-se-ão meros elementos “coringas”.⁵¹⁶

A prevalecer a proposta de KLATT, só saberemos como serão distribuídos os ônus argumentativos caso a caso. Perde-se transparência, portanto. A estrutura argumentativa passa a ser menos clara e previsível.

5) Margem de conformação, princípios formais e liberdade de expressão

Em geral, aceita-se que a proteção do texto constitucional – enquanto ato normativo hierarquicamente superior aos demais – requer um controle externo. Faz relativamente pouco tempo que esse papel de controle – cujo escopo é aferir a compatibilidade de leis, atos administrativos e omissões em face da Constituição – passou a ser feito por juízes. Trata-se de um fenômeno historicamente recente.

Hodiernamente, cresce a preocupação de que as Cortes Constitucionais usurpem o papel do legislativo, transformando a democracia em uma “juristocracia”⁵¹⁷. Uma possível solução para esse tipo de perplexidade consiste, conforme visto, em adotar uma teoria que se valha de diferentes níveis de controle judicial. Dessa forma, atribui-se um grau maior ou menor de margem de conformação ao legislador, a depender de uma série de circunstâncias.

⁵¹⁶ Para uma crítica semelhante contra a flexibilidade jurídica, cf. WEISBERG, Richard H. *In Praise of Intransigence: The Perils of Flexibility*. New York: Oxford University Press, 2014.

⁵¹⁷ cf. HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2004.

Esse tipo de proposta almeja evitar tanto Cila quanto Caríbdis, pois tão necessário quanto obstar a excessiva politização dos direitos fundamentais, entregando-os à livre disposição do legislador infraconstitucional, é evitar-se, outrossim, a excessiva juridicização dos direitos fundamentais, a qual se manifesta precipuamente na tendência de encontrar uma solução para todos os problemas jurídicos na Constituição. Não é, por exemplo, porque a Constituição possui um capítulo que garante a proteção à família, que ela contém a resposta para todos os problemas de Direito de Família (ou das famílias).

Nem sempre será fácil delimitar até aonde vai a margem de conformação do legislador infraconstitucional. Não se pode simplesmente pressupor que os direitos fundamentais são conceitos claros e bem definidos; que a liberdade de expressão e o direito à privacidade, por exemplo, nunca colidem.

Viu-se, na Parte III, Seção 8, *supra*, que o *Justice SOUTER*, da Suprema Corte americana, advertia para o fato de que “[o]s termos explícitos da Constituição (...) podem criar um conflito de valores aprovados, e os termos explícitos da Constituição não resolvem esse conflito quando ele aparece.”⁵¹⁸ Portanto, “(...) uma escolha pode precisar ser feita, não pelo fato de a linguagem ser vaga, mas pelo fato de a Constituição representar os desejos do povo norte-americano, assim como da maioria dos povos, de ter tudo ao mesmo tempo. Queremos ordem e segurança, e queremos liberdade. E não queremos apenas liberdade, mas igualdade também. Esses conjuntos de desejos que temos podem entrar em

⁵¹⁸ SOUTER, David. ‘Harvard’s 359th Commencement remarks’ (2010) 124 *Harv. L. Rev.*, 429–36, 433.

oposição, e, quando isso ocorre, o tribunal é forçado a escolher entre eles, entre um bem fundamental e outro.”⁵¹⁹ ⁵²⁰ A mesma perspectiva fora suscitada por EDWARD H. LEVI, quando este afirmou que “[t]he Constitution in its general provisions embodies the conflicting ideals of the community (...) The words are ambiguous.”⁵²¹

Nesse sentido, é relevante o problema dos chamados princípios formais, porquanto reflete a tensão existente entre democracia e Jurisdição Constitucional. Repare-se, inclusive, que é necessário elucidar por que a liberdade de expressão deve, em regra, prevalecer diante de leis que a limitem, se a competência do legislador fornece, por si só, um argumento a favor dessas leis.

Defender que a Constituição é uma ordem-moldura significa sustentar que nem tudo é pré-definido pelo próprio texto constitucional e que diversas questões relevantes estão submetidas à vontade do legislador ordinário e

⁵¹⁹ SOUTER, David. ‘Harvard’s 359th Commencement remarks’ (2010) 124 *Harv. L. Rev.*, 429–36, 433.

⁵²⁰ Também é possível argumentar que textos constitucionais oferecem problemas interpretativos *tout court*, isto é, independentemente de eventual ambiguidade ou vagueza. LAURENCE TRIBE, por exemplo, defende que os desafios da interpretação constitucional não são contingências históricas de uma Constituição em particular. Para o autor, é “inevitável” que qualquer texto com a abrangente função daquela desempenhada por uma Constituição suscite sérios questionamentos ao ser aplicado. Nesse sentido, inconsistências, controvérsias, lacunas e conflitos são inerentes a um documento cujo desiderato é fundamentar o arranjo institucional de uma nação. A respeito, cf. TRIBE, Laurence H. *The Invisible Constitution*. New York: Oxford University Press, 2008. p. 151; Para um panorama da busca por certezas interpretativas e da dificuldade que essa busca pode gerar para a garantia dos direitos fundamentais, cf. PEGORARO, Lucio. *Linguaggio e Certezza della Legge nella Giurisprudenza della Corte Costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1988.

⁵²¹ LEVI, Edward H. *An Introduction to Legal Reasoning*. Chicago: University of Chicago Press, 1948. pp. 58-59

infraconstitucional.⁵²² ⁵²³ Não se pode compreender a Constituição como um “código constitucional exaustivo”, o que implica admitir seu caráter parcial e fragmentário.⁵²⁴

Se a Constituição não é mais do que a moldura de um quadro, ela apenas fixa e delinea limites; estabelece uma área do que é admissível. Dentro da moldura, o legislador ordinário é livre para fazer escolhas por meio do processo democrático. Há algumas coisas que a Constituição proíbe e outras que ela exige. Para todas as outras, não há uma resposta constitucional pré-

⁵²² cf., e.g., BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang (1976). ‘Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik’, in *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht: Aufsätze von Ernst-Wolfgang Böckenförde*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2006. p. 125; BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. ‘Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik’ (1990) 29 *Der Staat*, 1–31; JESTAEDT, Matthias. *Grundrechtsentfaltung im Gesetz: Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999. pp. 72ss.; HAIN, Karl-Eberhard. *Die Grundsätze des Grundgesetzes: Eine Untersuchung zu Art. 79 Abs. 3 GG*. Baden-Baden: Nomos, 1999. pp. 181ss.; ALEXY, Robert. *Verfassungsrecht und einfaches Recht (VVVDStRL 61)*. Berlin: Walter de Gruyter, 2002; AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Grundrechte und gesetzgeberische Spielraum*. Baden-Baden: Nomos, 2003.

⁵²³ BIRGIT REESE teceu críticas dignas de menção à forma como BÖCKENFÖRDE defende a noção de ordem-moldura. Trata-se de objeções à visão específica do autor, as quais não se estendem ao que ora se defende neste trabalho. Em primeiro lugar, alega-se que a concepção quase que exclusivamente liberal e democrático-funcional enfraquece os direitos fundamentais. Basicamente, essa erosão da proteção jusfundamental também ocorreria por meio da redução do âmbito de proteção dos direitos fundamentais – outra tese pregada por BÖCKENFÖRDE. Argumenta-se, ainda, que as teses de BÖCKENFÖRDE quanto à ordem-moldura não decorrem propriamente do *Grundgesetz*, mas sim da projeção de seus próprios valores sobre o texto constitucional. Nesse sentido, cf. REESE, Birgit. *Die Verfassung des Grundgesetzes: Rahmen- und Werteordnung im Lichte der Gefährdungen durch Macht und Moral*. Berlin: Duncker & Humblot, 2013. pp. 192ss.

⁵²⁴ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang (1976). ‘Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik’, in *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht: Aufsätze von Ernst-Wolfgang Böckenförde*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2006. p. 125; CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ªed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1436

determinada. Dentro da moldura, em princípio, qualquer coisa vale. Caberá ao Parlamento adotar a solução que julgar adequada. A área interna da moldura corresponde à margem de ação (*Spielraum*), margem de escolha ou margem de apreciação do legislador, também chamada de zona de proporcionalidade.⁵²⁵

526

⁵²⁵ BARAK, Aharon. *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. pp. 379ss.

⁵²⁶ AHARON BARAK tenta diferenciar de maneira categórica a margem de conformação da margem de apreciação. Esta aplicar-se-ia apenas ao legislador nacional perante tribunais internacionais que aplicam direitos humanos previstos em tratados internacionais (como, p.ex., o Tribunal Europeu de Direitos Humanos). Já aquela se restringiria ao legislador ordinário ou infraconstitucional perante um Tribunal Constitucional (cf. BARAK, Aharon. *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. pp. 418ss.). Conquanto a distinção feita por BARAK espelhe corretamente o emprego atual dos termos, não existe qualquer diferença ontológica entre margem de conformação e margem de apreciação. Trata-se de dois nomes diferentes que designam fenômenos extremamente semelhantes. Consequentemente, quase tudo o que se disse neste trabalho sobre margem de conformação pode ser perfeitamente aplicado à margem de apreciação. Toda a dogmática da margem de conformação pode ser transposta, sem maiores esforços, à margem de apreciação. Sobre a margem de apreciação, cf. LETSAS, George. *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2007. pp. 80ss.; LEGG, Andrew. *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012; KARPENSTEIN, Ulrich; MAYER, Franz C. *EMRK Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten: Kommentar*. München: C.H. Beck, 2012. pp. 286-7; ARAI-TAKAHASHI, Yutaka. 'The margin of appreciation doctrine: a theoretical analysis of Strasbourg's variable geometry', in FØLLESDAL, Andreas; PETERS, Birgit; ULFSTEIN, Geir (eds). *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. pp. 62ss.; BJORGE, Eirik. 'Bottom-up shaping of rights: how the scope of human rights at the national level impacts upon Convention rights', in BREMS, Eva; GERARDS, Janneke (eds). *Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. pp. 211ss.; ARNARDÓTTIR, Oddný Mjöll. 'Discrimination as a magnifying lens: scope and ambit under Article 14 and Protocol No. 12', in BREMS, Eva; GERARDS, Janneke (eds). *Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*. Cambridge:

A lei também efetua “concordância prática”, o que o próprio KONRAD HESSE, artífice dessa expressão, já admitia.⁵²⁷ Na verdade, a concordância prática entre valores de estatura constitucional deve ser feita, em regra, por meio de lei aprovada pelo Parlamento. É um contrassenso afirmar que cabe sempre ao juiz realizar sopesamento ou ponderação. Essa missão é do Congresso Nacional.

Pertence ao legislador a tarefa de harmonizar o exercício potencialmente conflituoso e contraditório de liberdades. Cuida-se não apenas de um direito, mas sobretudo de um dever do legislador.⁵²⁸

A principal tarefa da hermenêutica constitucional consiste em delimitar o espaço ocupado pela moldura instituída pelo texto constitucional. Trata-se, em outras palavras, de especificar aquilo que é vedado ou exigido pela Constituição, já que, por eliminação, todo o resto será permitido.

É, contudo, equivocado pensar que não haja incertezas no que concerne a definir os limites da moldura.⁵²⁹ A mera dicotomia “constitucional” *versus* “inconstitucional” deixa de levar em conta problemas de natureza cognitiva, além de subestimar o papel dos princípios formais.

Cambridge University Press, 2014. pp. 330ss.; KLATT, Matthias. *Die praktische Konkordanz von Kompetenzen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014. pp. 220-35

⁵²⁷ cf. o capítulo sobre concordância prática em HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C.F. Müller, 1999.

⁵²⁸ DREIER, Horst. ‘Recht und Willkür’, in STARCK, Christian. *Recht und Willkür*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012. p. 22

⁵²⁹ AFONSO DA SILVA, Virgílio. ‘Direitos fundamentais e liberdade legislativa: o papel dos princípios formais’, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Coimbra: Coimbra Editora, vol. III, 2012. pp. 926ss.

São formais os princípios que oferecem razões para a aplicação de uma norma, independentemente do seu conteúdo. Normalmente, princípios formais associam-se ao procedimento de gênese da norma, o que lhe atribui legitimidade formal; e não material. Se uma norma possui um princípio formal a seu favor, há uma razão para aplicá-la que advém do seu *pedigree*, da sua origem; e não propriamente do seu conteúdo. Um exemplo de princípios formais são os precedentes judiciais, visto que o fato de um entendimento já ter sido aplicado em casos análogos por tribunais configura, por si só, um bom motivo para que o mesmo entendimento continue a ser aplicado.

Outra espécie de princípio formal é a regra instituída em lei. Leis são planos.⁵³⁰ Elas permitem a coexistência de diferentes projetos de vida, evitam frustrações, geram previsibilidade, harmonizam a coordenação de tarefas. Justamente por serem planos, as leis não devem ser cumpridas aconteça o que acontecer. Elas são, por conseguinte, “derrotáveis” (*defeasible*)⁵³¹, mas só em casos de inequívoca alteração do cenário fático em função do qual haviam sido adotadas.

Seguir as regras, ainda que não se concorde com o conteúdo delas, evita injustiças e racionaliza, a longo prazo, o processo de tomada de decisões. Em virtude disso, fala-se que

⁵³⁰ cf. SHAPIRO, Scott. *Legality*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011; Acerca da tese segundo a qual leis são planos, cf. BUSTAMANTE, Thomas. ‘Interpreting Plans: A Critical View of Scott Shapiro’s Planning Theory of Law’ (2012) 37 *Australian Journal of Legal Philosophy*, 219–250.

⁵³¹ cf. DUARTE D’ALMEIDA, Luís. ‘A Proof-Based Account of Legal Exceptions’ (2013) 33 *Oxford Journal of Legal Studies*, 133–168.

regras são razões excludentes (*exclusionary reasons*).⁵³² Se, a cada nova aplicação de uma regra, fosse feito todo um debate acerca dos seus méritos morais ou sociais, não haveria sequer sentido em criá-la. Afinal, as regras fixam roteiros ou planos, precisamente para impedir que, a cada nova situação, haja uma nova deliberação sobre qual o curso certo a seguir. Descumprir ou invalidar leis equivale, amiúde, a ser irracional.

Quando se fala em Jurisdição Constitucional, há um princípio formal que se mostra essencial: o de que, em virtude da máxima democrática, cabe ao próprio legislador decidir, nos casos de insegurança quanto às premissas empíricas por ele pressupostas.⁵³³

Segundo autores como MATTHIAS JESTAEDT⁵³⁴ e KARL-EBERHARD HAIN⁵³⁵, “(...) a ideia de princípio formal é ou trivial, porque garantiria apenas a edição de leis constitucionais, ou inútil, porque não poderia nunca garantir a edição de uma lei inconstitucional.”⁵³⁶ Porém, VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA defende que esse tipo de orientação “(...) ignora a existência de problemas

⁵³² cf., e.g., RAZ, Joseph. *Between Authority and Interpretation*. Oxford: Oxford University Press, 2009; RAZ, Joseph. *The Authority of Law*. 2nded. Oxford: Oxford University Press, 2009.

⁵³³ BOROWSKI, Martin. *Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006. p. 214

⁵³⁴ JESTAEDT, Matthias. *Grundrechtsentfaltung im Gesetz: Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999. pp. 72ss.

⁵³⁵ HAIN, Karl-Eberhard. *Die Grundsätze des Grundgesetzes: Eine Untersuchung zu Art. 79 Abs. 3 GG*. Baden-Baden: Nomos, 1999. pp. 181ss.

⁵³⁶ AFONSO DA SILVA, Virgílio. ‘Direitos fundamentais e liberdade legislativa: o papel dos princípios formais’, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Coimbra: Coimbra Editora, vol. III, 2012. p. 926

cognitivos. Somente em um mundo onde não há nem incerteza empírica nem normativa é possível enquadrar esse problema em um modelo tão simples.”⁵³⁷ Em outras palavras, é necessário conferir ao legislador uma “competência que é fundamental para o desenvolver de seus trabalhos”: “a competência de decidir sob condições de incerteza”.⁵³⁸

Segundo ROBERT ALEXY, premissas seguras dificilmente se encontram presentes no Direito Empresarial, por exemplo. Seria impossível legislar em meio a contextos que exigem avaliações complexas, se for necessário ter certeza das premissas fáticas de que se parte. Exigir certeza do Parlamento acarretaria uma “paralizia legislativa”.⁵³⁹

Admitir a competência para legislar sobre temas controversos – sob condições de incerteza, portanto – significa reconhecer a competência institucional do Parlamento, e a sua aptidão técnica para melhor tomar decisões.

Eis a principal crítica contra o que se buscou explicar: se o legislador puder interferir em direitos fundamentais com base em premissas incertas, então é – ao menos possível – que um direito fundamental seja limitado com base em premissas falsas. Afinal, se não há segurança quanto às premissas – e por isso elas são incertas –, é possível que tais premissas sejam

⁵³⁷ AFONSO DA SILVA, Virgílio. ‘Direitos fundamentais e liberdade legislativa: o papel dos princípios formais’, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Coimbra: Coimbra Editora, vol. III, 2012. p. 926

⁵³⁸ AFONSO DA SILVA, Virgílio. ‘Direitos fundamentais e liberdade legislativa: o papel dos princípios formais’, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Coimbra: Coimbra Editora, vol. III, 2012. pp. 926-7

⁵³⁹ ALEXY, Robert. ‘Formal Principles: Some replies to critics’ (2014) 12 *International Journal of Constitutional Law* 511–524, 521.

falsas. Se elas forem falsas, o legislador terá restringido um direito fundamental com base em um equívoco. Trata-se possivelmente da principal crítica dos que rejeitam que os princípios formais devem desempenhar um papel no sopesamento.

Todavia, aqueles que defendem que a ideia de princípios formais é trivial ou inútil parecem viver em um mundo preto-e-branco: tudo é ou constitucional, ou inconstitucional. Não há meio-termo, nem incerteza. Esse tipo de visão dualista ou dicotômica ignora a dificuldade suscitada por questões constitucionais – sobretudo pela vagueza e abrangência habituais em textos constitucionais. O mundo não é tão simples como tais autores parecem pressupor; nem são todas as questões constitucionais óbvias ou passíveis de juízos absolutos. Entre a constitucionalidade (preto) e a inconstitucionalidade (branco), há pelo menos 50 tons de cinza.⁵⁴⁰

⁵⁴⁰ Em certo sentido, parece ser esse o espírito por trás da Súmula 400 do STF, cuja redação é: “Decisão que deu razoável interpretação a lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra “a” do art. 101, III, da Constituição Federal.” Se corretos os argumentos deste trabalho, o fato de o STF praticamente não aplicar mais a sua Súmula 400 configura um grave equívoco. A intuição básica da dogmática da margem de conformação consiste em admitir-se que, em muitos casos, a lei não comporta apenas uma única interpretação constitucionalmente correta. Um Tribunal Constitucional não deve tentar extirpar divergências mínimas e de somenos importância. A própria Constituição não desce a minúcias. Isso seria incompatível com seu papel consensual e com a ideia de que a Constituição apenas fixa uma moldura, a partir da qual muitas condutas simplesmente não são nem proibidas nem exigidas. É desnecessário tomar partido diante de duas teses, se ambas forem razoáveis. Aplicar com maior frequência a Súmula 400 do STF implicaria maior deferência ao legislador e aos tribunais superiores especializados, como o STJ, o TST, o TSE e o STM. O STF, de maneira não infrequente, ofusca os tribunais superiores, privando-lhes de suas competências. Não cabe ao STF, sem reconhecer adequadamente o saber especializado dos tribunais superiores, decidir sobre os mais diversos pormenores jurídicos. Cabe ao STJ (e não ao STF), por exemplo, acertar ou errar por último quanto aos Direitos Civil

Quando não for possível aferir claramente que um ato normativo – uma lei, por exemplo – é inconstitucional, a dúvida deve favorecer o legislador. Sempre que pessoas razoáveis divergem, o caminho adotado pela democracia é a deferência à maioria. Há muitas penumbras e ambiguidades no que se refere a um ato normativo ser, ou não, inconstitucional. Assegurar deferência ao Parlamento em casos de incerteza, seja ela epistêmico-normativa ou epistêmico-empírica, é essencial em uma democracia. Trata-se de abandonar a visão absolutista – e também simplista – de que tudo pode ser facilmente classificado em duas categorias: constitucional e inconstitucional. A Constituição não tem a resposta para tudo; não deve, portanto, ser usada como instrumento de quem se acha dono da verdade.

A premissa básica daquilo que se chama de “dogmática da margem de conformação” (*Spielraumdogmatik*) é a ausência de apenas uma resposta correta para problemas jurídicos.⁵⁴¹ Quando se trata de direitos fundamentais, a questão assume maior relevância, porquanto descobrir os limites da margem de conformação do legislador significa pôr fim à velha “contradição insolúvel entre a liberdade individual e a autodeterminação

e Penal. Ademais, a Súmula 400 do STF permitiria conciliar conflitos federativos. Isso porque diferentes interpretações de leis fortalecem o federalismo e facilitam a solução de problemas estaduais ou locais. Não obstante distintas, as interpretações de cada ente federado podem ser todas constitucionais – sobretudo porque condizentes com realidades de entes federados muito díspares entre si, como Minas Gerais, Piauí, Amazonas, Paraná e Mato Grosso, por exemplo.

⁵⁴¹ Em sentido contrário à *one right answer thesis* de DWORKIN, cf. Parte III, Seção 8, *supra*.

democrática”⁵⁴², entre a liberdade dos modernos e a dos antigos⁵⁴³, entre juiz constitucional e legislador, entre Tribunal Constitucional e Parlamento, entre Jurisdição Constitucional e democracia; significa diferenciar uma juristocracia oligárquica de uma democracia. A solução proposta neste trabalho tenta dissolver o nó górdio; e não cortá-lo. Quer-se, portanto, evitar uma solução extremista, que favoreça em demasia um dos dois extremos que se opõem.

Nesse contexto, ROBERT ALEXY diferencia entre três formas de margem de conformação: (1) estrutural; (2) epistêmica de tipo empírico; (3) epistêmica de tipo normativo.⁵⁴⁴

No primeiro caso, compreende-se que a Constituição simplesmente não proíbe, nem exige inúmeras coisas (margem de conformação estrutural). Nesses casos, cabe ao legislador exercer seu juízo decisório.

Quanto à segunda espécie, entende-se que o tribunal constitucional deve ter deferência para com os fatos legislativos e prognósticos que o legislador toma por verdadeiros (margem de conformação epistêmica de tipo empírico). Se se exigisse absoluta certeza quanto às premissas fáticas e empíricas de que parte o legislador, todas as limitações legais a interesses constitucionais seriam inconstitucionais.

⁵⁴² MÖLLERS, Christoph. *Die drei Gewalten: Legitimation der Gewaltgliederung in Verfassungsstaat, Europäischer Integration und Internationalisierung*. Weilerswist: Velbrück Wissenschaft, 2008.

⁵⁴³ CONSTANT, Benjamin. ‘De la liberté des anciens comparée à celle des modernes (discours prononcé à l’Athénée Royal de Paris en 1819)’, in *Écrits politiques*. Paris: Gallimard, 1997. pp. 589-619

⁵⁴⁴ cf. ALEXY, Robert. *Verfassungsrecht und einfaches Recht* (VVDS_{StRL} 61). Berlin: Walter de Gruyter, 2002.

Na terceira hipótese, quando não houver muita clareza quanto ao que a Constituição proíbe ou deixa de proibir (margem de conformação epistêmica de tipo normativo), a dúvida favorece o legislador. A incerteza cognitiva quanto aos limites da margem de conformação estrutural privilegia a atividade legislativa. Na incerteza de até aonde vão os limites da moldura, a decisão é do Parlamento.

Por via de consequência, há algumas coisas que a Constituição proíbe e outras que ela exige. Para todas as outras, não há uma resposta constitucional pré-fixada. A Constituição é uma moldura. Não se pode achar que a Constituição possui a resposta para todos os problemas. Ter consciência disso é ter *humildade constitucional*.⁵⁴⁵

Atualmente, perduram muitas indefinições acerca dos princípios formais na literatura especializada. Abordar em pormenor as diferenças e os debates a propósito do tema foge à devida abrangência deste trabalho. Todavia, é possível assinalar que autores como ROBERT ALEXY⁵⁴⁶, MATTHIAS KLATT⁵⁴⁷, JAN SIECKMANN⁵⁴⁸, MARTIN BOROWSKI⁵⁴⁹ e JORGE A. PORTOCARRERO

⁵⁴⁵ Sobre a humildade constitucional, cf. COSTA NETO, João. ‘É preciso ter humildade constitucional: o caso alemão’ *Consultor Jurídico (ConJur)*, 20 jul. 2013; COSTA NETO, João. ‘Humildade constitucional: o conceito que o STF ainda não descobriu na Constituição, e o retorno à legalidade’ *Crítica Constitucional*, 15 jul. 2013.

⁵⁴⁶ Por último, cf. ALEXY, Robert. ‘Formal Principles: Some replies to critics’ (2014) 12 *International Journal of Constitutional Law*, 511–524.

⁵⁴⁷ KLATT, Matthias; SCHMIDT, Johannes. *Spielräume im Öffentlichen Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010; KLATT, Matthias. *Die praktische Konkordanz von Kompetenzen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014.

⁵⁴⁸ SIECKMANN, Jan. *Recht als normatives System: Die Prinzipientheorie des Rechts*. Baden-Baden: Nomos, 2009. pp. 200-4

QUISPE⁵⁵⁰ insistem, de diferentes maneiras, na ideia de que um elemento formal deve ser integrado ao sopesamento.

A principal questão suscitada pelos princípios formais é: como ponderar princípios materiais (e.g. direitos fundamentais), de um lado, e princípios formais (e.g. legitimidade democrática ou competência institucional), do outro? Cada resposta diversa para essa questão fornece-nos uma corrente doutrinária distinta. Todas essas correntes tentam integrar ou compatibilizar, cada qual a seu modo, os princípios formais ao (ou com o) sopesamento.

ROBERT ALEXY classifica, em 3 grupos, as formas de compatibilizar os princípios formais com o sopesamento: (1) modelo de combinação; (2) modelo de separação; e (3) modelo epistêmico. ALEXY afirma que os dois primeiros modelos têm prevalecido no debate sobre os princípios formais. A seu ver, contudo, o modelo epistêmico seria claramente preferível aos demais.^{551 552}

No modelo de combinação, os princípios formais são sopesados em conjunto com os princípios materiais. No modelo de separação, separa-se o sopesamento de princípios formais do

⁵⁴⁹ BOROWSKI, Martin. 'Formelle Prinzipien und Gewichtsformel', in KLATT, Matthias. *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013.

⁵⁵⁰ PORTOCARRERO QUISPE, Jorge A. *Der Autoritative Charakter der Grundrechtsabwägung: Eine Untersuchung über die Rolle der formellen Prinzipien in der Grundrechtsinterpretation*. Baden-Baden: Nomos, 2014.

⁵⁵¹ ALEXY, Robert. 'Formal Principles: Some replies to critics' (2014) 12 *International Journal of Constitutional Law*, 511–524.

⁵⁵² Agradecemos ao Prof. Dr. Robert Alexy por ter-nos gentilmente disponibilizado o texto antes da sua publicação.

sopesamento de princípios substantivos. No modelo epistêmico, a noção que subjaz aos princípios formais é incorporada indiretamente. Os princípios formais integram-se ao sopesamento por meio das variáveis epistêmicas da fórmula do peso. Existem diferentes modelos epistêmicos, um dos quais é defendido por ALEXY.

No que se refere ao modelo de combinação, é digna de nota a proposta de BOROWSKI. Segundo este autor, é, sim, possível sopesar em conjunto princípios materiais e formais. BOROWSKI propõe uma espécie de margem de tolerância do juízo do legislador.⁵⁵³ Ou seja: altera-se a fórmula do peso, acrescentando-lhe uma terceira variável, “F”, que terá valores numéricos, atribuídos conforme a maior ou menor deferência ao legislador:⁵⁵⁴

$$W_{i,j} = \frac{F_i \cdot W_i \cdot I_i \cdot R_i}{F_j \cdot W_j \cdot I_j \cdot R_j}$$

O raciocínio por trás do modelo de BOROWSKI é intuitivo: argumenta-se que uma presunção argumentativa milita em favor do legislador. A decisão do Parlamento, portanto, possui uma autoridade relativa de preponderância; relativa, porque pode ser afastada excepcionalmente, mas ainda assim uma autoridade relevante, porque deve, em regra, prevalecer.

⁵⁵³ BOROWSKI, Martin. ‘Formelle Prinzipien und Gewichtsformel’, in KLATT, Matthias. *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013. pp. 157-8

⁵⁵⁴ BOROWSKI, Martin. ‘Formelle Prinzipien und Gewichtsformel’, in KLATT, Matthias. *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013. pp. 184ss.

Essa justificativa subjaz, contudo, a diferentes propostas de compatibilização entre princípios formais e materiais ou substantivos. A disputa reside, em derradeira instância, em como melhor incorporar essa intuição ao sopesamento.

Críticos do modelo de combinação alegam que sua falha consiste em supor que seja possível sopesar diretamente princípios formais com princípios materiais. Ambos seriam distintos e insuscetíveis de sopesamento *em um mesmo plano*, ao contrário do que BOROWSKI tentou fazer por meio da inclusão da variável “F” à fórmula do peso.⁵⁵⁵ BOROWSKI contra-argumenta que a simples confiabilidade das premissas epistêmicas não leva suficientemente em conta a importância da competência decisória do legislador. Os princípios formais são mais um fator a ser levado em conta, independentemente da segurança quanto às premissas (que para BOROWSKI também são um fator importante, porém autônomo, no sopesamento). ALEXY teria confundido duas questões que não se devem misturar.⁵⁵⁶

No modelo epistêmico defendido por ALEXY, a fórmula do peso permanece essencialmente a mesma:⁵⁵⁷

$$W_{i,j} = \frac{W_i \cdot I_i \cdot R_i}{W_j \cdot I_j \cdot R_j}$$

⁵⁵⁵ Por todos, cf. PORTOCARRERO QUISPE, Jorge A. *Der Autoritative Charakter der Grundrechtsabwägung: Eine Untersuchung über die Rolle der formellen Prinzipien in der Grundrechtsinterpretation*. Baden-Baden: Nomos, 2014. pp. 196-199

⁵⁵⁶ BOROWSKI, Martin. ‘Discourse, Principles, and the Problem of Law and Morality: Robert Alexy’s Three Main Works’ (2011) 2 *Jurisprudence*, 575–595, 594.

⁵⁵⁷ Sobre a fórmula do peso, cf. Parte III, Seção 5, *supra*.

Não se sopesam princípios formais e materiais em conjunto, portanto. Apenas se permite que o grau de certeza de uma premissa epistêmica acarrete a diminuição do peso da interferência. Isso porque, na fórmula do peso completa, o grau de certeza da premissa será multiplicado pelo peso da interferência sobre o direito fundamental:

$$W_{i,j} = \frac{W_i \cdot I_i \cdot R_i^e \cdot R_i^n}{W_j \cdot I_j \cdot R_j^e \cdot R_j^n}$$

Se uma premissa fática ou normativa for *certa* ou *confiável*, receberá peso 1; se *plausível*, peso 0,5; se *não manifestamente falsa*, peso 0,25.^{558 559}

Assim, imaginemos que uma interferência sobre um direito fundamental seja, em princípio, *séria*. Segundo já fora proposto por ALEXY, aos pesos *sério*, *médio* e *leve* correspondem os valores numéricos 1, 2 e 4.⁵⁶⁰ A interferência *séria* implica, pois, valor 4. Contudo, se houver alto grau de incerteza quanto ao fato de ser *séria*, o valor 4 será multiplicado por 0,25. O produto totaliza 1, portanto. Na fórmula do peso, o caso pode ser representado pela seguinte equação:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot R_i^e}{I_j \cdot R_j^e} = \frac{s \cdot n}{? \cdot ?} = \frac{4 \cdot 0,25}{? \cdot ?} = \frac{1}{?}$$

⁵⁵⁸ ALEXY, Robert. 'Formal Principles: Some replies to critics' (2014) 12 *International Journal of Constitutional Law*, 511–524, 515.

⁵⁵⁹ cf. Parte III, Seção 5, *supra*.

⁵⁶⁰ ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002. pp. 409-10, 419

Não sabemos os valores do princípio colidente “j”. Fica, todavia, claro que não será tão difícil que “j” prepondere sobre “i”. Inicialmente, fixou-se o peso concreto da limitação de “i” como *sério*. Porém, o alto grau de incerteza epistêmica sobre o peso dessa interferência altera o cenário. Passa a ser mais fácil restringir o direito fundamental “i”, porque o grau de confiabilidade será multiplicado pela intensidade da restrição. Logo, para justificar a restrição sobre o direito fundamental “i”, bastará a satisfação *média* do direito fundamental “j”. Exige-se, entretanto, que o grau de certeza quanto ao grau de satisfação de “j” seja, pelo menos, *plausível*. Podemos expressar a relação da seguinte maneira:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot R_i^e}{I_j \cdot R_j^e} = \frac{s \cdot n}{m \cdot p} = \frac{4 \cdot 0,25}{2 \cdot 0,5} = \frac{1}{1} = 1$$

No sopesamento representado acima, ocorreu um impasse. Logo, o legislador disporá de margem de conformação estrutural. Poderá limitar o direito fundamental “i” em favor de “j”, desde que o faça por lei. Se a confiabilidade da premissa fática de “j” fosse *certa*, o resultado mudaria:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot R_i^e}{I_j \cdot R_j^e} = \frac{s \cdot n}{m \cdot c} = \frac{4 \cdot 0,25}{2 \cdot 1} = \frac{1}{2} = 0,5$$

Sendo menor do que 1, o resultado indica que “j” deve preponderar sobre “i”.

Diante dos cenários relatados, uma interferência *séria*, e que demandaria ampla justificação, passa a ser legítima, porque, diante do alto grau de dúvida, prevalece a competência do legislador. O resultado prático da mudança proposta por ALEXY

consiste em manter ou diminuir o valor do peso da interferência sobre o direito fundamental. Em outras palavras, se houver certeza sobre o peso da interferência ser *sério*, permanece como *sério* na fórmula do peso; atribui-se-lhe, pois, valor 4.⁵⁶¹

Se, entretanto, for menor a certeza quanto à intensidade da interferência, essa interferência de peso *sério*, que equivale a 4, será multiplicada por 0,5 ou 0,25. Poderá, pois, equivaler a um peso *médio* (valor 2) ou *leve* (valor 1), no final das contas. Em síntese, a confiabilidade da premissa fática (e também a da premissa normativa) afeta o valor final da interferência no direito fundamental.⁵⁶²

Impõe-se notar que os princípios formais não entram propriamente no sopesamento. Eles são incorporados indiretamente ao processo, por meio do que se pode denominar de “sopesamento de 2ª ordem”⁵⁶³, o qual é levado a cabo por meio da confiabilidade das premissas epistêmicas.

MATTHIAS KLATT acredita, assim como ALEXY, que não existe propriamente um princípio formal no sopesamento, pois não seria possível sopesar a competência decisória do legislador, de um lado, e um princípio material (e.g. um direito fundamental), do outro. Para KLATT, o que pode ser sopesado é a insegurança epistêmica quanto às premissas que atribuem peso a um princípio.

⁵⁶¹ ALEXY, Robert. ‘Formal Principles: Some replies to critics’ (2014) 12 *International Journal of Constitutional Law*, 511–524, 522.

⁵⁶² ALEXY, Robert. ‘Formal Principles: Some replies to critics’ (2014) 12 *International Journal of Constitutional Law*, 511–524, 513.

⁵⁶³ ALEXY, Robert. ‘Formal Principles: Some replies to critics’ (2014) 12 *International Journal of Constitutional Law*, 511–524, 521.

Não obstante, KLATT defende um diferente modelo epistêmico, porque acredita que o modelo de ALEXY não é transparente o bastante. KLATT propõe, juntamente com JOHANNES SCHMIDT, um modelo de dois níveis (*Zweiebenenmodell*).⁵⁶⁴ Para KLATT, a margem de conformação e a competência de controle não se confundem.

Ao primeiro nível do sopesamento pertence a ponderação de princípios, que observará os parâmetros definidos no segundo nível. A análise no primeiro nível cinge-se ao sopesamento de princípios materiais junto com a confiabilidade das premissas epistêmicas. Princípios formais não desempenham qualquer papel nesta primeira fase.

KLATT possui ainda outra diferença em relação a ALEXY: diferentemente deste, KLATT acredita que a própria classificação do grau de confiabilidade das premissas epistêmicas deve ser antecedida por um sopesamento. Trata-se do que ele denominou de sopesamento de classificação (*Einstufungsabwägung*). O processo torna-se mais complexo, porque se duplicam as relações do sopesamento. A fase epistêmica obtém uma certa independência, portanto. Assim, a margem de conformação epistêmica passa a originar-se de um impasse (*Patt*) no sopesamento de classificação.⁵⁶⁵

O segundo nível diz respeito à competência para sopesar os princípios materiais. Presumidamente, embora seja

⁵⁶⁴ KLATT, Matthias; SCHMIDT, Johannes. *Spielräume im Öffentlichen Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010. pp. 17, 62

⁵⁶⁵ KLATT, Matthias; SCHMIDT, Johannes. *Spielräume im Öffentlichen Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010. pp. 52, 66ss.

designado como segundo nível, deverá ocorrer primeiro cronologicamente. Isso porque o sopesamento de segundo nível repercutirá sobre o primeiro nível. Princípios formais só se mostram relevantes no segundo nível, no qual será possível sopesar conflitos de competência de diferentes órgãos decisórios.

KLATT busca uma estrutura universal, apta a solucionar conflitos em que mais de um órgão pretende proferir a palavra final. A intensidade do controle também seria aferida nesta etapa.⁵⁶⁶ Sob esse pano de fundo, os princípios formais promoveriam uma ligação ou acoplamento entre a atribuição de competência e o resultado do sopesamento de princípios materiais. Daí chamar-se essa relação de tese da ligação ou acoplamento (*Anknüpfungsthese*).⁵⁶⁷

O próprio KLATT admite, todavia, que o modelo de ALEXY basta para descrever a relação entre legislador e Tribunal Constitucional.⁵⁶⁸

Ad summam, podemos recorrer ao recente estudo de PORTOCARRERO QUISPE. Ao analisar os modelos descritos acima, assim como outros, PORTOCARRERO QUISPE pontua que a comparação entre princípios formais e materiais é impossível. Princípios formais não possuem um peso que possa variar caso a caso. Enquanto não surgirem inseguranças epistêmicas, a

⁵⁶⁶ KLATT desenvolveu em pormenor o sopesamento de competências na sua *Habilitationsschrift*: KLATT, Matthias. *Die praktische Konkordanz von Kompetenzen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014.

⁵⁶⁷ KLATT, Matthias; SCHMIDT, Johannes. *Spielräume im Öffentlichen Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010. pp. 57, 65

⁵⁶⁸ KLATT, Matthias; SCHMIDT, Johannes. *Spielräume im Öffentlichen Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010. p. 66

decisão emanada de uma autoridade não possui um conteúdo que possa ser comparado com princípios materiais.⁵⁶⁹

PORTOCARRERO QUISPE também reconhece que até o momento o modelo de ALEXY só foi aplicado à relação entre legislador e Tribunal Constitucional.⁵⁷⁰ Portanto, o modelo careceria, em princípio, de universalidade, característica que poderia ser obtida por meio do modelo de KLATT, desde que se aceite a complexidade desta última proposta.

PORTOCARRERO QUISPE tenta, entretanto, mostrar que o modelo de ALEXY pode, sim, ser aplicado a qualquer relação de controle que envolva princípios colidentes. Ademais, critica a tese de ligação ou acoplamento de KLATT. Para PORTOCARRERO QUISPE, considerações sobre competência não podem ser completamente dissociadas do sopesamento de princípios materiais. A divisão de dois níveis de sopesamento mostra-se equivocada, portanto.⁵⁷¹

Segundo PORTOCARRERO QUISPE – no que, presumidamente, receberia a adesão de ALEXY –, princípios formais fundamentam margens de conformação. Disso se segue que princípios formais só se tornam relevantes, se houver

⁵⁶⁹ PORTOCARRERO QUISPE, Jorge A. *Der Autoritative Charakter der Grundrechtsabwägung: Eine Untersuchung über die Rolle der formellen Prinzipien in der Grundrechtsinterpretation*. Baden-Baden: Nomos, 2014. p. 202

⁵⁷⁰ PORTOCARRERO QUISPE, Jorge A. *Der Autoritative Charakter der Grundrechtsabwägung: Eine Untersuchung über die Rolle der formellen Prinzipien in der Grundrechtsinterpretation*. Baden-Baden: Nomos, 2014. p. 202

⁵⁷¹ PORTOCARRERO QUISPE, Jorge A. *Der Autoritative Charakter der Grundrechtsabwägung: Eine Untersuchung über die Rolle der formellen Prinzipien in der Grundrechtsinterpretation*. Baden-Baden: Nomos, 2014. pp. 202-3

insegurança epistêmica. O modelo de KLATT não espelha a relação dessa maneira.⁵⁷²

Por fim, PORTOCARRERO QUISPE objeta que o modelo de KLATT é desnecessário. Os princípios formais já seriam incorporados a contento por meio da confiabilidade das premissas.⁵⁷³

Com amparo nos argumentos de PORTOCARRERO QUISPE, parece-nos mais adequado o modelo epistêmico proposto por ALEXY. A tentativa de BOROWSKI, consistente em sopesar em pé de igualdade princípios formais e materiais, revela-se inviável. A inclusão da variável “F” na fórmula do peso não soluciona o problema, pois quaisquer valores atribuídos a “F” seriam arbitrários.

BOROWSKI parece ter sido seduzido pela ideia de criar uma medida uniforme – inclusive numericamente uniforme – para princípios formais e materiais. Mas ambos se diferenciam ontologicamente. Logo, não podem ser reduzidos a uma medida só; não são comensuráveis. São, porém, comparáveis.⁵⁷⁴ Para que essa comparação ocorra adequadamente, precisamos de um modelo que leve em consideração as diferentes naturezas dos princípios formais e materiais. As propostas de tipo epistêmico

⁵⁷² PORTOCARRERO QUISPE, Jorge A. *Der Autoritative Charakter der Grundrechtsabwägung: Eine Untersuchung über die Rolle der formellen Prinzipien in der Grundrechtsinterpretation*. Baden-Baden: Nomos, 2014. p. 203

⁵⁷³ PORTOCARRERO QUISPE, Jorge A. *Der Autoritative Charakter der Grundrechtsabwägung: Eine Untersuchung über die Rolle der formellen Prinzipien in der Grundrechtsinterpretation*. Baden-Baden: Nomos, 2014. p. 203

⁵⁷⁴ cf. Seção 4 da Parte III, *supra*.

satisfazem esse requisito, ao contrário da de BOROWSKI, que tenta combinar princípios formais e materiais.

Resta, portanto, optar entre os dois modelos epistêmicos apresentados: o de ALEXY e o de KLATT. No debate filosófico da Antiguidade, os acólitos de ARISTÓTELES acusavam PLATÃO de criar uma duplicidade de mundos desnecessária. Em outras palavras, se o mundo pode ser satisfatoriamente explicado sem a sua duplicação, qual o sentido de pressupor a existência de um mundo das formas ideais, como queria PLATÃO?

Na verdade, talvez o mundo sequer possa ser satisfatoriamente explicado. Possivelmente, trata-se de uma impossibilidade devida à própria finitude que permeia a condição humana. Sempre haverá incógnitas e enigmas. Contudo, postular um mundo das formas ideais gera, por si só, outros problemas de difícil solução que só parecem complicar ainda mais o debate. Qual a utilidade de uma teoria que, a pretexto de resolver um problema, cria um sem-número de outros problemas?

Parece-nos que o modelo proposto por ALEXY é preferível pela sua simplicidade. Ele evita uma duplicação supérflua do sopesamento. Ademais, este trabalho concerne à relação entre legislador e Tribunal Constitucional; neste caso, até KLATT reconhece que o modelo de ALEXY basta.

Podemos, portanto, concluir que existe um modelo capaz de sopesar princípios formais e materiais. Essa importante objeção ao sopesamento mostra-se, portanto, infundada. Assim, além de poderem ser sopesados, os princípios formais foram incorporados por meio da confiabilidade das premissas. Disso

decorre que a relação entre princípios formais e margem de conformação foi devidamente considerada.

Subsiste, por fim, uma intrincada questão, ainda irresoluta, quanto aos princípios formais. Uma vez definido o nível de intensidade do controle judicial, exatamente de que maneira esse nível de intensidade repercute sobre o sopesamento dos princípios materiais? KLATT tentou, em sua tese de livre-docência, criar um modelo para o sopesamento de princípios formais (e.g. competências de diferentes tribunais).⁵⁷⁵ Os pormenores dessa proposta fogem à devida abrangência deste texto. Mas, em qualquer caso, a tese de livre-docência não explicita de que maneira os princípios formais, uma vez fixados – seja com auxílio do modelo de KLATT, ou não –, influenciarão o sopesamento dos princípios materiais.

KLATT parece indicar uma intuição a respeito, quando afirma que o grau mais baixo de controle judicial se limita a aferir a argumentação interna do sopesamento. Ou seja: no grau menos intenso de controle, o juiz constitucional jamais mudaria as valorações do legislador (argumentação externa); apenas se restringiria a verificar se, assumidos como verdadeiros todos os pesos atribuídos pelo legislador a “W”, “I” e “R”, a conclusão decorreria racionalmente das premissas. KLATT identifica essa análise muito deferente com a *Wednesbury unreasonableness*, do Direito inglês.⁵⁷⁶

⁵⁷⁵ cf. KLATT, Matthias. *Die praktische Konkordanz von Kompetenzen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014.

⁵⁷⁶ Sobre a denominada *Wednesbury unreasonableness*, cf. *Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corporation* [1947] EWCA Civ 1, [1948] 1 K.B. 223, Court of Appeal (England and Wales)

Adotado o modelo mais débil de controle, o juiz constitucional praticamente não fiscalizaria a atuação ou omissão do Parlamento, pois sua análise reduzir-se-ia a erros lógicos. Repare-se que se quer dizer exclusivamente os equívocos silogísticos, na acepção da lógica formal do termo. Para poder ser corrigido, o erro do legislador precisaria ser de tal forma irracional a ponto de desafiar as leis da lógica formal, por meio de erros internos à valoração empreendida pelo próprio legislador. É fácil notar que um controle dessa ordem falha, por ser condescendente em demasia. Além dessa fugaz “faísca”, KLATT nada esclarece quanto às consequências da intensidade do controle sobre o sopesamento dos princípios materiais.

É possível enxergar ao menos duas soluções para o problema.⁵⁷⁷ Em primeiro lugar, podemos entender que a intensidade do controle se estende à argumentação externa do sopesamento de princípios materiais. Dessa forma, ao editar um dado ato normativo, o legislador presumidamente entendeu, por exemplo, que o bem jurídico-constitucional “i” merecia peso *sério*, enquanto que o direito fundamental “j” faria jus a peso *médio*. Foi por essa razão que o legislador promulgou determinada lei que limitava “j”. Se no controle mais deferente possível (*Wednesbury unreasonableness*) o juiz constitucional jamais questiona a veracidade das premissas do legislador, o controle mais intenso consistiria precisamente em analisar essas premissas de maneira pormenorizada e percuciente. Portanto, o

⁵⁷⁷ Agradecemos a Matthias Klatt por ter-nos gentilmente cedido seu tempo para conversar sobre o tema em mais de uma ocasião. Doravante, o texto pode ter sofrido particular influência dessas discussões.

controle mais intenso resultaria, mais facilmente, na substituição do juízo do legislador pelo juízo do magistrado. No grau da *intensiverte inhaltliche Kontrolle*, por exemplo, o Tribunal Constitucional demonstraria menos acanhamento para afastar a valoração do legislador. Consequentemente, o Tribunal contradiria, com menos auto-contenção, a decisão do Parlamento, estabelecendo, por exemplo, que o bem jurídico constitucional “j” merece peso *sério*; e o direito fundamental “i”, peso *médio*. Em conversa particular, parece-nos ser esta a proposta a que KLATT tende a filiar-se.

Em segundo lugar, podemos atribuir, na proporção da intensidade do controle, peso abstrato diverso aos interesses a serem sopesados. Essa tem sido a proposta defendida ao longo deste trabalho. Em outras palavras, a intensidade do controle varia conforme a margem de conformação do legislador. Logo, se é menor a deferência, certamente o é porque é maior o peso do direito fundamental ou bem jurídico-constitucional em questão. Se o peso é maior independentemente do caso concreto, então estamos a falar do peso abstrato do direito fundamental. As considerações sobre a intensidade do controle não se dissociam do sopesamento de princípios materiais. A segunda proposta, à qual aderimos, reflete adequadamente esse processo de interdependência mútua.

Parece-nos efetivamente que a segunda proposta se afigura mais plausível. Do contrário, a intensidade do controle judicial não influenciaria de nenhuma maneira direta o sopesamento dos princípios materiais. Ademais, a prevalecer a primeira proposta, não ficaria transparente de que maneira

exatamente os juizes colocariam de lado o juízo do legislador, em favor do juízo deles próprios. Que critérios haveria para racionalizar esse processo? Não teríamos um elo, mas sim um vácuo, entre o sopesamento de princípios formais e o de princípios materiais, ou entre a intensidade do controle e os princípios materiais.

A segunda proposta, a seu turno, permite-nos alterar o peso abstrato do direito ou bem jurídico submetido ao sopesamento material, de acordo com a intensidade do controle judicial adotado. Quanto maior a intensidade do controle, maior o peso abstrato, ou vice-versa. Trata-se, inclusive, de desdobramento das *Leis da Densidade do Controle de Constitucionalidade*, consoante a Seção 1 desta Parte IV, *supra*.

Note-se bem que, na fórmula do peso, a intensidade do controle repercutirá sobre a variável “W”:

$$W_{i,j} = \frac{W_i \cdot I_i \cdot R_i}{W_j \cdot I_j \cdot R_j}$$

Assim, se entendermos que o direito fundamental “i” reclama um maior controle judicial, seja por uma razão endoconstitucional, seja por uma estruturoconstitucional⁵⁷⁸, então devemos aumentar o peso abstrato “ W_i ”. Mais especificamente quanto à liberdade de expressão, já enunciamos nossa proposta:⁵⁷⁹

I. Discurso político: peso abstrato *sério* (isto é, 4)

⁵⁷⁸ Sobre as razões estruturo- e endoconstitucionais, cf. Parte IV, Seção 4, item “b”, *supra*.

⁵⁷⁹ cf. Parte I, Seção 4, *supra*.

- II. Discurso não-político: peso abstrato *médio* (isto é, 2)
- III. Discurso meramente empresarial: peso abstrato *leve* (isto é, 1)

O peso abstrato deverá refletir a margem de conformação que se entende devida ao legislador; e, conseqüentemente, expressará a intensidade do controle a que a ação ou omissão legislativa deverá submeter-se. A intensidade do controle judicial interfere, portanto, sobre o peso abstrato dos princípios a serem materialmente sopesados.

Por fim, sobeja sem resposta ao menos uma questão reiteradamente suscitada neste trabalho. Trata-se da relação entre a liberdade de expressão e as limitações ao discurso eleitoral, problema que passamos agora a analisar.

6) A liberdade de expressão e as limitações ao discurso eleitoral

Questão particularmente controversa no que se refere à liberdade de expressão é a regulação da propaganda eleitoral. As considerações precedentes apresentam-nos argumentos para submeter as limitações ao discurso político a um escrutínio intenso e acurado. É possível, todavia, asseverar que todo discurso eleitoral ou que de alguma maneira se relacione às eleições é político? A divulgação de uma pesquisa de opinião sobre a intenção de votos da população configura manifestação de ideias políticas e faz parte do debate de ideias que fomenta a democracia?

Essas questões suscitam debates espinhosos. Considere-se a proibição, constante do Direito Eleitoral, de divulgar pesquisa de opinião com conteúdo falso. Podemos afirmar que esse tipo de manifestação, ainda que falso, se ampara nas várias justificativas legitimadoras da liberdade de expressão, conforme visto na Parte I, *supra*? Provavelmente, sim, porque o discurso falso é, simultaneamente, açambarcado pelas teorias instrumentais e pelas teorias deontológicas da liberdade de expressão, conforme a Parte I, Seções 2 e 3, *supra*.

Uma das características marcantes da teoria que justifica a liberdade de expressão a partir da busca pela verdade, por exemplo, é justamente que opiniões falsas devem ser preservadas. Por outro lado, aquele que divulga informações consideradas falsas manifesta livremente sua personalidade e exerce sua autodeterminação individual, o que atrai a proteção de teorias deontológicas que se baseiam na autorealização e na independência ética.

Diante dessas considerações, é fácil concluir, com base na tese defendida neste trabalho, que mesmo uma pesquisa de opinião falsa goza de proteção constitucional, submetendo-se a sua proibição a um escrutínio judicial severo e percuciente. Note-se bem que a probabilidade de a restrição ser declarada inconstitucional é alta, pois os pressupostos a serem preenchidos para que a norma não seja considerada inválida são onerosos.

Não obstante, é plenamente possível que uma pesquisa falsa seja proibida por meio de lei; por meio de ato normativo infraconstitucional, portanto. Essa é uma das vantagens do modelo de controle judicial organizado a partir de

diferentes níveis de intensidade. Estes últimos são mais rígidos do que a máxima de proporcionalidade, por exemplo; mas não tão rígidos a ponto de a escolha de um nível de controle determinar, automaticamente, a inconstitucionalidade da limitação impugnada.

Recentemente, a Suprema Corte americana, no já mencionado⁵⁸⁰ caso *Citizens United v. Federal Election Commission*, declarou inconstitucionais trechos do *Bipartisan Campaign Reform Act of 2002*. Com isso, proibiu o Estado de restringir gastos políticos de entidades independentes (*rectior*: não-partidárias), tais como sociedades empresárias (*corporations*), associações e entidades representativas de classe (*labor unions*).⁵⁸¹

A decisão foi objeto de muitos questionamentos⁵⁸², tendo sido mencionada depreciativamente pelo Presidente americano Barack Obama no “Discurso sobre o estado da União do ano de 2010”. Obama disse, perante a maioria dos *Justices* da Suprema Corte – que se encontravam presentes no Capitólio por ocasião do discurso –, que o precedente criado no caso *Citizens United* desfazia um século de jurisprudência pacífica, com a lamentável consequência de autorizar gastos ilimitados e influência indevida sobre o processo eleitoral por parte de poderosos grupos econômicos.

⁵⁸⁰ cf. Parte II, Seção 1, item “b”, *supra*.

⁵⁸¹ *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010)

⁵⁸² Por todos, cf. a detalhada crítica em CHEMERINSKY, Erwin. *The Case Against the Supreme Court*. New York: Viking, 2014. pp. 249-60

No Brasil, há variegados limites à liberdade de expressão durante o processo eleitoral. Existem, por exemplo, limitações de gastos de campanha, bem como meios, épocas e horários predeterminados para a campanha eleitoral. Entretanto, justificar esse tipo de limitação infraconstitucional ao direito à liberdade de expressão, mesmo que exercido em contexto eleitoral, talvez não seja tão simples quanto parece.

Afinal, a democracia assenta-se sobre a premissa básica de que os eleitores são plenamente aptos e capazes para decidir os rumos do país. Se isso procede, então é plausível defender que cabe ao povo separar o falso do verdadeiro, o incorreto do correto. Acresça-se que o fato de um grupo político ser forte não o impede de expressar suas opiniões políticas. Sustenta-se, por exemplo, que ricos e poderosos também podem ser minorias, cujas opiniões impopulares uma maioria de congressistas não pode tolher indevidamente por meio de lei.⁵⁸³

A decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *Citizens United* insiste, em linhas gerais, em uma tese nesse sentido – inclusive ao invocar o voto minoritário proferido no caso *United States v. Auto Workers*, segundo o qual a liberdade de expressão abrange ricos e poderosos.⁵⁸⁴ Prevaleceu em *Citizens United* que as ideias políticas devem ter fluxo livre, cabendo ao próprio eleitorado aferir a verdade do discurso, sem que seja

⁵⁸³ ABRAMS, Floyd. *Friend of the Court: on the front lines with the First Amendment*. New Haven: Yale University Press, 2013. pp. 312ss.

⁵⁸⁴ *United States v. Auto Workers*, 352 U.S. 567 (1957) (Douglas, J., dissenting)

lícito ao Estado efetuar uma espécie de censura prévia das ideias a que o eleitor pode, ou não, ter acesso.⁵⁸⁵

Por outro lado, pode-se argumentar que há distorções no discurso eleitoral que devem ser evitadas. Tais distorções seriam fruto de relações de poder exacerbadas que ameaçariam o próprio *fair play* democrático.

Nesse sentido, é possível arrazoar que o processo eleitoral envolve vários interesses e que o poderio econômico é capaz de desequilibrar a igualdade de chances que deve existir entre candidatos. A Constituição Federal e a Lei Fundamental alemã, por exemplo, parecem assegurar a igualdade de chances – inclusive em matéria eleitoral – como bem jurídico-constitucional autônomo. É o que se pode extrair do art. 17 da Constituição Federal e dos arts. 3, 21 e 38 da Lei Fundamental alemã.⁵⁸⁶ Se é assim, temos um argumento independente para legitimar as restrições infraconstitucionais ao discurso político-eleitoral nos dois mencionados ordenamentos jurídicos.

Se houvesse apenas esse argumento – baseado na previsão constitucional da igualdade de chances em matéria eleitoral –, a decisão da Suprema Corte em *Citizens United v. Federal Election Commission* revelar-se-ia acertada. Isso porque a

⁵⁸⁵ Para uma tentativa de reconstruir da maneira mais persuasiva possível os argumentos esposados pela maioria da Corte em *Citizens United*, e com uma abrangente contextualização histórica, cf. TRIBE, Laurence; MATZ, Joshua. *Uncertain Justice: The Roberts Court and the Constitution*. New York: Henry Hold, 2014. pp. 96-115

⁵⁸⁶ É esta, inclusive, a interpretação que o Tribunal Constitucional Federal alemão dá a esses três artigos do *Grundgesetz*. A propósito, cf. BVerfGE 6, 273, que – ao que nos consta – foi a primeira decisão da corte alemã nesse sentido. O entendimento foi reiterado e aprofundado em BVerfGE 7, 99 (Sendezeit I). Para uma decisão mais recente sobre o tema – proferida em junho de 2014 –, cf. BVerfG, 2 BvE 4/13

igualdade de chances não se encontra expressamente assegurada na Constituição norte-americana. Também parece questionável que a igualdade de chances possa ser extraída implicitamente do *Bill of Rights*, por exemplo – ou, na verdade, de qualquer dispositivo da Constituição norte-americana. Contudo, há argumentos plausíveis no sentido de que a decisão em *Citizens United* foi equivocada, mesmo que exclusivamente à luz da liberdade de expressão.

As regras que disciplinam o processo eleitoral são melhor compreendidas como um instrumento que visa a assegurar que a autodeterminação popular seja exercida de maneira esclarecida. Também a vontade coletiva pode inquinarse de vícios de consentimento, como o erro, o dolo ou a coação. Não se reputa livre a eleição em que vota um povo politicamente oprimido, considerando-se que o sufrágio, para ser legítimo, pressupõe estabilidade e liberdade para votar no candidato que se julga adequado, sem medo de represálias. Nesse contexto, o caráter sigiloso do voto é especialmente importante, razão pela qual se encontra previsto em tantos textos constitucionais.

Analogamente, é forçoso reconhecer que o povo pode expressar-se a partir de uma falsa representação da verdade, seja porque supôs verdadeiro o que era falso, seja porque foi aleivosamente enganado. A propaganda eleitoral, assim como a publicidade em geral, também pode revelar-se enganosa. Embora caiba basicamente ao povo separar o que é ilusório daquilo que não é, afigura-se plausível admitir intervenção judicial em alguns casos. Suponha-se, a título de exemplo, que as pesquisas eleitorais não estivessem submetidas a um regramento

infraconstitucional, sob a alegação de que cabe ao povo, em última instância, decidir se as informações divulgadas são verdadeiras ou falsas.

Esse tipo de raciocínio ignora que a regulação do discurso eleitoral é um imperativo do esclarecimento da vontade popular, expressada por meio do sufrágio. Muitos eleitores levam as pesquisas de opinião em conta ao decidirem como irão votar. Pense-se – apenas para citar um caso relevante – no eleitor que tem diante de si três candidatos. Na tentativa de evitar a vitória do candidato “A”, o eleitor pode escolher votar em “B”, que não era sua primeira opção, mas que apresenta melhor desempenho nas pesquisas.

Cenários como o descrito acima revelam a responsabilidade que se deve impor àqueles que lidam com as pesquisas de opinião em época eleitoral. O eleitor não dispõe de meios para aferir a veracidade das pesquisas eleitorais. Entretanto, ainda que impedir máculas na manifestação da vontade coletiva seja um interesse mais do que meritório, não se deve confundi-lo com a pretensão de querer sempre evitar que informações falsas cheguem ao conhecimento do eleitor. Decidir, no lugar do povo, que tipo de informação é admissível no processo eleitoral deve ser a exceção em um Estado democrático. Em linhas gerais, podem-se delinear alguns critérios básicos a respeito da regulação eleitoral do discurso.

Em primeiro lugar, a regulação eleitoral deve partir da premissa de que o povo é esclarecido e que cabe a ele, em princípio, efetuar juízos de valor quanto ao discurso político-eleitoral. Em segundo lugar, as restrições eleitorais devem ser a

exceção, com a finalidade de que, prioritariamente, as escolhas políticas, econômicas e morais sejam feitas pelos cidadãos, sem interferência prévia. Em terceiro lugar, é crucial evitar que as normas eleitorais desencadeiem um processo de infantilização da população, sob pena de a população ser tornada menos autônoma, e mais dependente.⁵⁸⁷

Soma-se a esses argumentos que, em esferas que envolvem maior sofisticação técnica – como o caso das pesquisas eleitorais de opinião –, o próprio cidadão não dispõe de meios independentes para verificar a veracidade das informações divulgadas. Esse fato reforça a legitimidade de eventuais restrições ao discurso político-eleitoral. A intenção que subjaz a esse tipo de justificativa é propiciar as condições de possibilidade de uma escolha esclarecida. Em casos que demandam profundo conhecimento técnico e amplo aparato organizacional, o número dessas condições aumenta, o que significa que é plenamente aceitável que a lei estipule requisitos – desde que proporcionais – a serem observados por aquele que divulga pesquisas de opinião em época eleitoral.

Analisemos a criminalização da divulgação de pesquisas eleitorais fraudulentas, por exemplo (§ 4º do art. 33 da Lei Federal n. 9.504/97 – Lei das Eleições). Temos dois princípios constitucionais colidentes: a liberdade de expressão, de um lado, e a lisura e a representatividade das eleições, de outro.

A liberdade de expressão abarca até mesmo o direito de proferir afirmações falsas e sem fundamento, o que faz a

⁵⁸⁷ Em sentido semelhante, cf. MURCHO, Desidério. *Filosofia em Directo*. Lisboa: FFMS, 2011. p. 37

tutela constitucional incidir sobre uma pesquisa eleitoral falsa. Já a representatividade das eleições alicerça o próprio princípio democrático. Trata-se de bem jurídico-constitucional dos mais relevantes, visto que a Constituição enuncia que todo poder emana do povo (art. 1º, parágrafo único, CF). Para ser efetiva, a autonomia coletiva depende de um processo eleitoral que reproduza fielmente a vontade popular.

Para fins de simplificação, suponhamos que se encontram satisfeitas as fases anteriores da proporcionalidade, tais como adequação e necessidade. Resta apenas saber se a proibição é, ou não, proporcional *stricto sensu*.

A pesquisa eleitoral, ainda que fraudulenta, configura discurso político. Seu objetivo é influenciar o processo eleitoral e a formação da vontade popular. Logo, o peso abstrato da liberdade de expressão é *sério* (isto é, 4).

O peso abstrato da lisura e da representatividade das eleições também é *sério* (isto é, 4), porque se cuida da própria base da democracia. O respeito ao voto de todos os cidadãos sustenta juridicamente o Estado e permeia toda a organização político-administrativa do país. Trata-se de uma das condições de legitimidade do Estado. Parece-nos claro que, enquanto bem jurídico-constitucional, a fidedignidade do processo eleitoral destaca-se de forma proeminente. Não há democracia sem eleições confiáveis.

Quanto ao peso concreto da satisfação do bem jurídico-constitucional colidente – a lisura e a representatividade das eleições –, cumpre observar que a divulgação de pesquisas fraudulentas destina-se precisamente a alterar a opinião dos

eleitores. Sua aptidão para mudar o resultado das eleições é muito considerável, já que são inúmeros os eleitores que mudam de opinião com base em pesquisas eleitorais supostamente dignas de confiança. Existe um receio generalizado – e notoriamente reconhecido – por parte de muitos eleitores de votar em candidatos com pouca chance de vitória. Além disso, a pesquisa fraudulenta cria uma falsa representação da vontade e macula a vontade dos eleitores, privando o processo eleitoral de parte da sua legitimidade. Acrescente-se, ainda, que os eleitores não possuem meios para verificar o acerto das pesquisas. Não parecem restar dúvidas de que a divulgação de pesquisas eleitorais fraudulentas prejudica substancialmente o processo eleitoral, a lisura das eleições e o caráter representativo do voto. Nesse contexto, a importância concreta da limitação da liberdade de expressão parece ser *sério* (isto é, 4).

Quanto à interferência concreta sobre a liberdade de expressão, a proibição da divulgação de pesquisas fraudulentas gera transtornos. Em primeiro lugar, é difícil discernir o que configura uma pesquisa falsa. Embora a Lei das Eleições estipule vários critérios, corre-se sempre o risco de proibir-se a divulgação de pesquisas verdadeiras. Por outro lado, atribui-se bastante poder à Justiça Eleitoral, que terá a importante missão de fiscalizar as pesquisas. Não seria poder demais sob o controle de um órgão só? Não seria fácil cometer abusos? Parece-nos que não. A realidade fática atual demonstra que a Justiça Eleitoral cumpre seus deveres com admirável imparcialidade. Trata-se de um órgão que, historicamente, comprovou estar suficientemente

equidistante das forças políticas. A chance de abuso revela-se pequena.

Ainda mais importante é o fato de a lei restringir pouquíssimas pesquisas. Apenas se requer o registro perante a Justiça Eleitoral e a observância de certos requisitos. Exige-se, por exemplo, a divulgação de quem pagou pela pesquisa, da forma como ela foi feita, etc. É preciso esclarecer (1) o plano amostral e a ponderação quanto a sexo, idade, grau de instrução, nível econômico e área física de realização do trabalho a ser executado; (2) o intervalo de confiança e margem de erro; (3) o sistema interno de controle e verificação; (4) a conferência e fiscalização da coleta de dados e do trabalho de campo; e (5) o questionário completo aplicado ou a ser aplicado.

Na verdade, as formalidades legais não oneram excessivamente os institutos de pesquisa. É até possível divulgar uma pesquisa não muito confiável e que, ainda assim, preencha as condições legais. A limitação à liberdade de expressão não é particularmente relevante. Não se proíbe a divulgação de ideias em si, mesmo que falsas. Só se proíbe a divulgação de dados falsos travestidos ou encobertos da respeitabilidade de uma pesquisa eleitoral. Ou seja: a limitação cinge-se ao necessário para evitar que eleitores sejam enganados. As mesmas opiniões – por exemplo, a de que o candidato “X” irá ganhar as eleições – poderão ser livre e irresponsavelmente propagadas. Só não se permite que tais opiniões sejam divulgadas com a autoridade e o alto grau de confiabilidade que normalmente acompanha uma pesquisa eleitoral. Portanto, o peso concreto da restrição à

liberdade de expressão não pode ser maior do que *médio* (isto é, 2).

Quanto às premissas normativas, não parece haver dúvida de que pesquisas eleitorais expressam opinião política. O fato de serem falsas não exclui a proteção do discurso, como visto na Parte I, *supra*. A proteção da lisura das eleições também se enquadra, claramente, sob o âmbito da democracia. Não existem dúvidas de que, ao menos *prima facie*, a divulgação de pesquisas fraudulentas choca contra o princípio democrático.

Quanto às premissas fáticas, também não se pode duvidar racionalmente da nociva interferência das pesquisas fraudulentas sobre a opinião do eleitor. As premissas que fundamentaram o peso concreto da liberdade de expressão, como a confiabilidade da Justiça Eleitoral nas presentes circunstâncias e o fato de a lei estabelecer poucas condições para as pesquisas, também não se encontram em xeque.

Podemos, portanto, atribuir peso *certo* (isto é, 1) a todas as premissas fáticas e normativas, hipótese em que elas se cancelam mutualmente. O resultado será definido a partir dos pesos abstratos e concretos apenas. Assim, podemos representar o sopesamento da seguinte maneira:

$$W_{i,j} = \frac{W_i \cdot I_i}{W_j \cdot I_j} = \frac{s \cdot m}{s \cdot s} = \frac{4 \cdot 2}{4 \cdot 4} = \frac{8}{16} = 0,5$$

Tratando-se de resultado menor do que 1, o princípio “j” deverá preponderar sobre “i”. No caso concreto, a lisura e a representatividade das eleições preferirão, nas condições fáticas e jurídicas indicadas acima, sobre a liberdade de expressão.

Temos, pois, argumentos suficientes para autorizar a limitação das pesquisas eleitorais fraudulentas, a despeito do alto grau de proteção de que goza o direito fundamental à liberdade de expressão.

Mutatis mutandis, o argumento pode ser estendido a outras formas de restrição do discurso eleitoral, mormente quando se tratar de esfera de expressão caracterizada por maior sofisticação e tecnicidade. Dessa forma, a teoria dos níveis de intensidade de controle judicial credencia-se como parâmetro racional de aferição da constitucionalidade das limitações à liberdade de expressão.

7) A teoria dos níveis de intensidade de controle judicial como parâmetro racional de aferição da constitucionalidade das limitações ao direito fundamental à liberdade de expressão

HANS D. JARASS aponta que direitos como a liberdade de expressão ou a liberdade de reunião não são apenas direitos de defesa (*Abwehrrechte*), mas também direitos fundamentais à co-influência (*Mitwirkung*) e à co-organização (*Mitgestaltung*).⁵⁸⁸ Acentua-se a dimensão participativo-política da liberdade de expressão, porque ela assegura o direito de os cidadãos influenciarem o concerto político do Estado em que vivem. Essa posição corrobora a tese de que seus plúrimos fundamentos legitimadores dão à liberdade de expressão uma proteção mais

⁵⁸⁸ JARASS, Hans D. 'Funktionen und Dimensionen der Grundrechte', in MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen. *Handbuch der Grundrechte: Allgemeine Lehren I*. München: C.F. Müller, 2006. p. 631

intensa. Trata-se, a um só tempo, de direito de defesa – independentemente de benefícios políticos e democráticos – e de um direito de participação – instrumentalmente ligado, portanto ao exercício da cidadania. Reconhecer aquilo que se pode intitular de *dimensão dúplice do direito fundamental à liberdade de expressão* implica conferir-lhe uma tutela que se assenta sobre mais de um fundamento.

Por reclamar uma tutela mais intensa, a liberdade de expressão possui um peso abstrato elevado. Independentemente das circunstâncias do caso concreto, sua limitação requer mais justificativas do que a limitação a um outro direito fundamental que não tenha peso abstrato elevado.

Proteger de maneira mais intensa significa diminuir a deferência ao legislador, retirando-lhe margem de conformação. Contudo, como devemos circunscrever a margem de conformação do legislador? Como saber qual o grau adequado de deferência que lhe deve ser dado?

Hodiernamente, a máxima da proporcionalidade desponta como um critério proeminente. Seu uso por tribunais de todo o mundo, associado à vasta literatura sobre o tema, reforça a importância desse instrumento jurídico.⁵⁸⁹

Tentamos, contudo, mostrar que a máxima da proporcionalidade precisa de maior rigidez. Uma possível estratégia seria a adoção de níveis de intensidade do controle

⁵⁸⁹ cf. Parte III (em especial, Seção 4), *supra*.

judicial, a exemplo dos *standards of review* e dos *Kontrolldichten*, nos EUA e na Alemanha, respectivamente.⁵⁹⁰

Vimos, todavia, que essa talvez não seja ainda uma solução suficientemente satisfatória. Propusemos, portanto, um modelo que contemple especificamente o direito fundamental à liberdade de expressão.⁵⁹¹ Trata-se de sugestão análoga à *Stufentheorie*.⁵⁹²

Em princípio, é possível criar um modelo semelhante para cada direito fundamental; e não apenas para a liberdade de expressão. Na verdade, assim como a *Stufentheorie* se aplica à liberdade profissional, e da mesma forma que a proposta feita neste trabalho vale para a liberdade de expressão, é possível replicar o processo no caso de outros direitos fundamentais. Sem dúvida, tal empreitada dispenderia tempo e esforço. Em contrapartida, ofereceria uma estrutura formal apta a delinear mais claramente a margem de conformação do legislador.

Estamos a falar, efetivamente, de um modelo pautado pelos diferentes níveis de intensidade do controle judicial. Porém, diferentemente dos *standards of review* ou dos *Kontrolldichten*, o modelo que propusemos baseia-se em um direito fundamental específico.

Com isso, a “bitola” ou a intensidade do controle judicial não se modificará caso a caso. A margem de conformação já terá sido definida previamente, conforme o tipo de conteúdo da lei restritiva ao direito fundamental. No caso da liberdade de

⁵⁹⁰ cf. Parte IV, Seção 1, itens “a” e “b”, *supra*.

⁵⁹¹ cf. Parte IV, Seções 4 e 7, *supra*.

⁵⁹² Sobre a *Stufentheorie*, cf. Parte IV, Seção 1, item “c”, *supra*.

expressão, define-se, de antemão, a “bitola” ou a intensidade do controle judicial; ela dependerá do tipo de discurso objeto da restrição.

Impede-se, portanto, que os níveis de intensidade de controle se tornem “coringas”. A intensidade do controle não será fixada pelo juiz constitucional isoladamente, mas sim pelo Tribunal Constitucional como um todo. E, em qualquer caso, a intensidade do controle e a deferência ao legislador modificam-se de acordo com o conteúdo da lei restritiva, de maneira mais estável, transparente e previsível do que normalmente ocorre.

Conquanto seja mais rígido do que a máxima da proporcionalidade, o modelo proposto neste trabalho sujeita-se a uma objeção que comumente é feita à proporcionalidade. Ora, se o modelo nada mais é do que uma estrutura formal, então não vincula completamente os resultados. Estaria, portanto, exposto a subjetividades.

De fato, a crítica procede em alguma medida. O aproveitamento adequado da estrutura formal dependerá do conteúdo que nela for inserido. Essas críticas foram, inclusive, rejeitadas no que se refere à proporcionalidade.⁵⁹³ Apesar da objeção, seguramente se contrange de maneira mais acentuada a liberdade do juiz, quando se adota o modelo ora proposto.

Dessa forma, o juiz constitucional expõe-se de maneira mais direta a críticas, porque sua margem de decisão diminui. No caso da liberdade de expressão, se houver limitação ao discurso político, por exemplo, a questão a ser respondida pelo

⁵⁹³ cf. Parte III, Seção 4, *supra*.

magistrado passa a ser muito mais simples e elementar: a lei restritiva é necessária para evitar perigos elevados, demonstráveis ou extremamente prováveis, contra um bem social proeminente ou superlativo?

Quanto ao discurso não-político, a lei restritiva é estritamente necessária para proteger um bem social proeminente ou superlativo? E quanto ao discurso meramente empresarial, a lei restritiva é excessivamente onerosa ou manifestamente irrazoável?

Declarar, ou não, inconstitucional lei que limita a liberdade de expressão passa a depender quase que exclusivamente da resposta dessas perguntas. O sopesamento já foi feito anteriormente de maneira abstrata, quando se definiu que o discurso político só poderia ser limitado para evitar perigos elevados, demonstráveis ou extremamente prováveis, contra um bem social proeminente ou superlativo.

Evidentemente, cumpre ainda ao juiz constitucional sopesar se, no caso concreto, tais perigos se encontram presentes. Fá-lo-á por meio da fórmula do peso. Porém, o peso abstrato elevado da liberdade de expressão neutraliza, com muito mais força, argumentos em sentido contrário. Afinal, a margem de vitória ou vantagem prévia atrai a balança do sopesamento, fazendo-a pender em favor do direito fundamental antes mesmo de serem conhecidas as circunstâncias do caso concreto. Considerações análogas valem no caso do discurso não-político.

No caso do discurso meramente empresarial, prepondera a margem de conformação do legislador. Por conseguinte, simplesmente não haverá margem de vitória ou

vantagem prévia. Afinal, o peso abstrato é *leve* (isto é, 1). A multiplicação por 1 praticamente não interfere no resultado da fórmula do peso.

Em outras palavras, no caso do discurso meramente empresarial, a balança imaginária do sopesamento começa o processo em equilíbrio, sem pender para qualquer dos lados. Esperamos, entretanto, ter mostrado que os princípios formais e as situações de impasse (*Patt*) privilegiam o legislador e sua competência decisória. Afinal, o empate dos pesos contrapostos (impasse) favorece o legislador, por configurar margem de conformação estrutural. Por outro lado, a incerteza das premissas epistêmico-normativas ou epistêmico-empíricas normalmente milita em favor do legislador, já que, em regra, facilita a restrição do direito fundamental.

Ademais, em uma democracia, harmonizar bens jurídico-constitucionais colidentes deve ser tarefa do legislador; e não do juiz constitucional. Assim, no caso peculiar do discurso meramente empresarial, por não estarem presentes os fundamentos da proteção especial da liberdade de expressão, será ampla a margem de conformação do legislador.

A despeito de tudo que foi dito, é importante não dar maior grandeza ao argumento: no modelo que propusemos, o resultado permanece incerto. Só o juiz constitucional decidirá, se há, ou não, perigos elevados aptos a limitar o discurso político, por exemplo. No entanto, sua função transforma-se consideravelmente, porque o modelo comprime em parte a atuação judicial; conseqüentemente, diminui-se a probabilidade

de os juízos de valor pessoais do magistrado desempenharem papel na adjudicação de direitos fundamentais.

Conforme enfatizado, o cidadão também se beneficia, pois adjudica-se de maneira mais previsível, estável e transparente. A transparência advém do fato de as premissas terem sido mais claramente colocadas na mesa. Na fórmula do peso, é muito fácil analisar – e criticar – os motivos que justificaram a atribuição de um dado peso. As regras de adjudicação são definidas previamente e de maneira facilmente rastreável. Além disso, de acordo com nossa proposta, a intensidade do controle judicial não poderá alterar-se de acordo com o caso concreto. Os argumentos que poderão justificar a limitação do direito fundamental passam a ser pontuados de maneira muito mais nítida.

A estabilidade provém do sopesamento abstrato previamente realizado. Se o grau de deferência ao legislador é definido previamente, será aplicado a uma infinidade de casos. E se for necessário mudar a intensidade do controle, tal alteração valerá para todos os casos futuros. A probabilidade de ocorrerem modificações diminui, porquanto as consequências reverberarão sobre todo o sistema. O modelo proposto impõe coerência e rigidez. Disso se segue também a previsibilidade, uma vez que os cidadãos saberão com maior antecedência as chances de uma lei ser, ou não, considerada inconstitucional. Já se frisou que o resultado continua indefinido, mas será muito mais fácil prevê-lo. A transparência dos critérios utilizados propicia antever, de maneira mais confiável, a probabilidade de uma lei ser declarada, ou não, inconstitucional.

Em razão do exposto, podemos concluir que a teoria dos níveis de intensidade de controle judicial conforme defendida neste trabalho oferece parâmetros racionais para aferir se uma limitação à liberdade de expressão é, ou não, inconstitucional. Trata-se, mais especificamente, de uma teoria inspirada na *Stufentheorie*. Esperamos ter demonstrado que essa solução se afigura mais adequada do que a adoção pura e simples do *standards of review* ou dos *Kontrolldichten*.

Conclusões articuladas

1. A liberdade de expressão justifica-se por diferentes razões. Sobressaem-se dois grandes grupos de justificativas: as de tipo instrumental e as de tipo deontológico. Os fundamentos justificadores do direito fundamental à liberdade de expressão corroboram-se e complementam-se mutuamente. O que diferencia um Estado legítimo de uma quadrilha ou organização criminosa é que o uso do poder, no primeiro caso, é considerado legítimo; no segundo, ilegítimo. Conforme já questionava AGOSTINHO DE HIPONA, “*Remota itaque iustitia, quid sunt regna nisi magna latrocinia?*”⁵⁹⁴ A diferença entre o Estado e uma organização criminosa depende, portanto, de um juízo moral. Uma parte da liberdade de expressão emana diretamente das condições de legitimidade do Estado, de modo que a violação a esse direito fundamental, pelo menos em alguns casos, corrói e erode a própria legitimidade do Estado para invocar autoridade sobre os que vivem sob seu jugo. A força da proteção dada à liberdade de expressão e a intensidade do respectivo controle judicial devem variar conforme haja mais, ou menos, motivos para garantir esse direito fundamental. Essa relação pode ser expressada na forma de uma *Lei dos Fundamentos Legitimadores da Liberdade de Expressão*:

Quanto mais numerosos forem os fundamentos legitimadores de um tipo de discurso, tanto maior deverá ser a sua proteção jurídica.

⁵⁹⁴ “Colocada a Justiça de lado, o que são os reinos senão grandes quadrilhas?” (*De Ciuitate Dei*, IV, 4)

2. A adoção de níveis de intensidade do controle judicial evita a perpetuação de um confuso sistema de garantia dos direitos fundamentais. Diminuída a probabilidade de atuações judiciais *ad hoc*, reduz-se a chance de haver casuísmo, imprevisibilidade, parcialidade e instabilidade no controle judicial de leis que limitem a liberdade de expressão.

3. Propusemos uma classificação do discurso, semelhante à *Stufentheorie*, de sorte a estratificar a intensidade do controle judicial que deve ser exercido sobre cada espécie de discurso (político, não-político e meramente empresarial). A classificação ocorreu com base nos fundamentos legitimadores de cada espécie de discurso. Quanto mais fundamentos legitimadores, maior o peso abstrato do tipo de discurso, e maior a intensidade do controle judicial sobre leis aptas a limitá-lo. Eis os tipos de discurso, acompanhados de seus respectivos pesos abstratos: a) discurso político: peso abstrato *sério*; b) discurso não-político: peso abstrato *médio*; c) discurso meramente empresarial: peso abstrato *leve*.

4. O peso abstrato de um direito fundamental nada mais é do que seu peso em relação aos demais direitos fundamentais; mas independentemente das circunstâncias de um caso concreto.

5. Pode-se dizer com razoável segurança que os artífices da Constituição norte-americana não imaginavam e não desejavam criar qualquer sistema de proteção da liberdade de expressão levemente semelhante com aquele que há, hoje, nos EUA. Há evidências claras de que formas de supressão do discurso que são inadmissíveis hoje eram amplamente aceitas

naquela época. Por isso, as garantias extraídas atualmente da primeira emenda nasceram de decisões judiciais tomadas, sobretudo pela Suprema Corte, ao longo do século XX.

6. Aparentemente, a proibição contida na primeira emenda da Constituição norte-americana apresenta contornos quase que absolutos. Porém, historicamente, apenas se quis reservar aos estados a competência para legislar sobre a liberdade de expressão. É o Congresso que se encontra proibido de aprovar leis que limitem a liberdade de expressão; e não o legislador estadual, por exemplo.

7. Atualmente, a Suprema Corte norte-americana possui firme entendimento de que as garantias da primeira emenda são oponíveis aos estados.

8. A denominada “posição privilegiada” (*preferred position*) da liberdade de expressão, conforme defendida pelos *Justices* WILLIAM O. DOUGLAS e HUGO BLACK, nada mais é do que a atribuição de peso abstrato elevado à liberdade de expressão. Nenhum dos *Justices* achava que a liberdade de expressão tinha, em todas as circunstâncias, precedência sobre qualquer outro valor ou direito fundamental assegurado pelo *Bill of Rights*. Os dois apenas defenderam que as liberdades da primeira emenda da Constituição norte-americana – dentre as quais se incluem a liberdade de expressão – tinham peso maior, por si só, quando comparadas com outras liberdades, e que isso devia ser levado em consideração ao se decidirem disputas judiciais.

9. A proteção do discurso atinge patamares elevados nos EUA, e a adoção de *standards of review* ou *levels of scrutiny* contribui nesse sentido decisivamente. Até mesmo casos

envolvendo discurso obsceno ou pedófilo mereceram um controle judicial intenso por parte da Suprema Corte. Independentemente do acerto dessa abordagem, parece claro que a adoção de parâmetros de intensidade contribui para a previsibilidade e a estabilidade da jurisprudência relativa à liberdade de expressão.

9. Quanto à liberdade de expressão, a Lei Fundamental alemã, o *Grundgesetz*, trouxe inovações expressivas em comparação com a Constituição de Weimar. Em primeiro lugar, a liberdade de expressão deixou de ser garantida apenas aos nacionais, tornando-se um *Jedermannsrecht*. A liberdade de expressão despreendeu-se, portanto, dos direitos políticos em geral – normalmente, privativos dos nacionais –, a fim de ser estendida a todo ser humano sob autoridade da República Federal da Alemanha. Em segundo lugar, o *Grundgesetz* passou a prever expressamente as liberdades de imprensa (*Pressefreiheit*), de informação (*Informationsfreiheit*), e de radiodifusão e filme (*Rundfunk- und Filmfreiheit*). Por fim, proibiu-se a censura de maneira explícita e sem exceções.

10. O art. 5 do *Grundgesetz* – que garante a liberdade de expressão – jamais sofreu mudança em sua redação, muito embora a Lei Fundamental alemã já tenha sido alterada por mais de 50 emendas constitucionais.

11. Quanto à discussão sobre o que vem a ser uma lei geral ou universal (*allgemeines Gesetz*), nos termos do art. 5, (2), do *Grundgesetz*, prevalece a teoria da combinação (*Kombinationslehre*) na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. A teoria adotada incorpora elementos da teoria do direito de exceção (*Sonderrechtslehre*) e da teoria do

sopesamento (*Abwägungslehre*). Parece-nos, contudo, que deve preponderar a *Sonderrechtslehre*. Isso porque não proibir uma opinião enquanto tal integra a razão de ser da liberdade de expressão. Logo, as limitações ao discurso não devem direcionar-se contra uma expressão de opinião como tal; ao contrário, devem servir para a proteção de um bem jurídico *per se*, sem levar em consideração uma opinião determinada.

12. Sob pena de diferenciações arbitrárias, é preciso preservar o caráter formal do controle sobre a liberdade de expressão. Conseqüentemente, é necessário julgar indistintamente as diferentes opiniões, sem levar em conta o mérito do juízo de valor efetuado. Para fins de limitação da liberdade de expressão, só deve ser relevante perquirir acerca do dano que tais opiniões causam aos bens jurídico-constitucionais tutelados. As leis restritivas não podem voltar-se contra opiniões determinadas e específicas, sob pena de se transformarem em limitação casuística e não-geral, baseada no caso concreto (*Einzelfallbezogen*), o que é vedado em matéria de direito fundamental.

13. Embora, no ordenamento jurídico alemão, a liberdade de expressão seja um direito fundamental com reserva legal simples, sua limitação possui limites. Nem mesmo os direitos fundamentais gravados de cláusula de reserva legal simples se encontram totalmente à disposição do legislador. Do contrário, tais direitos não teriam qualquer utilidade ou obrigatoriedade jurídico-constitucional. O legislador receberia, portanto, um “cheque em branco” para limitar ao seu alvedrio os direitos fundamentais, que passariam a ser um mero “truque”,

como aponta KARL MARX. Afinal, a Constituição prometeria a liberdade mais completa e plena, estabeleceria os princípios mais belos; mas deixaria a aplicação de tudo isso, todos os detalhes, às decisões tomadas por meio de leis ulteriores, de hierarquia não-constitucional. Esse raciocínio é incompatível com a vinculação do legislador ordinário à Constituição. Por isso, o absurdo da conclusão evidencia a falsidade da premissa.

14. A jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal consagrou a denominada *Wechselwirkung* (eficácia recíproca). De acordo com essa teoria, impõe-se enxergar uma medida restritiva à liberdade de expressão à luz do significado que esse direito fundamental possui em um Estado livre e democrático. Por conseguinte, a relevância do direito fundamental deverá limitar a própria eficácia limitadora da lei restritiva. Ou seja: da mesma forma que a lei produz efeitos que limitam o direito fundamental, o direito fundamental – por força de seu caráter essencial – limita o efeito limitador da lei. Decerto, instituiu-se um novo limite dos limites (*Schranken-Schranke*), para que direitos fundamentais gravados de cláusula de reserva legal simples não possam ser tolhidos arbitrariamente.

15. É sintomático que a *Wechselwirkung* (eficácia recíproca) tenha surgido em meio a um caso cuja discussão girava em torno do direito fundamental à liberdade de expressão. Afinal, posto que tenha sido posteriormente aplicada a outros direitos fundamentais, a *Wechselwirkung* nasceu voltada para a liberdade de expressão. A *Wechselwirkung* corresponde a uma das teses centrais deste trabalho: a de que os variegados fundamentos que justificam a liberdade de expressão densificam

a proteção oferecida por esse direito fundamental, reduzindo consideravelmente as possibilidades de sua limitação. A liberdade de expressão ostenta regime específico de limites dos limites e conformação específica da máxima da proporcionalidade. Discutivelmente, essas peculiaridades fornecem-lhe uma proteção mais intensa e efetiva do que aquela dada a outros direitos fundamentais.

16. Na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, o chamado “efeito intimidador” (*einschüchternde Wirkung*) desempenha um papel relevante no que se refere à proteção do discurso político, assim como ocorre com o chamado “efeito resfriador” (*chilling effect*) na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana e na do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Esse tipo de argumento realça a componente funcional-democrática da liberdade de expressão, o que conduz novamente à conclusão de que os fundamentos justificadores desse direito fundamental são mutualmente corroborantes e complementares.

17. O Tribunal Constitucional Federal alemão admite que a afirmação de fatos (*Tatsachenbehauptung*) provadamente falsos seja punida criminalmente. Dessa forma, o fato de a negação do holocausto ser crime é compatível com a Lei Fundamental. Parte da doutrina entende que a criminalização do revisionismo histórico com respeito ao holocausto é exceção à exigência de lei geral, criada um tanto *ad hoc* e casuisticamente, em face do passado da Alemanha e do próprio contexto em meio ao qual o *Grundgesetz* surgiu. O próprio *BVerfG* já admitiu, mais recentemente, que se trata de uma lei não-geral (*nichtallgemeines*

Gesetz). Porém, a limitação ao direito fundamental estaria autorizada por motivos imanentes à própria Lei Fundamental, notadamente por causa de seu surgimento histórico de contraposição ao passado nazista.

18. Parece haver um pressuposto generalizado entre os que defendem o sopesamento (*Abwägung; balancing*) de que ele seria incompatível com a ideia dos direitos como trunfos. Presumidamente, os defensores do sopesamento entendem que interesses públicos e direitos fundamentais devem ser sopesados sem qualquer tipo de ordenação lexical ou prioridade preestabelecida.

17. Tentamos mostrar que o caráter de trunfo dos direitos fundamentais e o sopesamento não apenas são compatíveis, mas também complementares. Ou seja: não apenas é viável conceber uma teoria de direitos fundamentais que harmonize o caráter de trunfo dos direitos fundamentais e o sopesamento, mas esse tipo de abordagem também é preferível, por ser mais plausível.

18. Nem mesmo DWORKIN – que tem na ideia dos direitos como trunfos um verdadeiro *Leitmotiv* – entende que os direitos fundamentais sejam absolutos. DWORKIN aceita que bens coletivos e fatores consequencialistas possam desempenhar um papel relevante ao se estabelecerem as exceções a um trunfo específico. Os trunfos são, de fato, passíveis de serem colocados de lado. O que precisamos descobrir é como, e em que casos.

19. Conquanto possam eventualmente parecer absolutos, nenhum trunfo é um trunfo de ás (ou seja, invencível ou insuperável). Todo direito fundamental é relativo, porque

sempre será possível conceber circunstâncias, ainda que improváveis, que justifiquem o seu afastamento no caso concreto.

20. A objeção de que o sopesamento não tem precisão matemática, algo que se pode considerar impossível na argumentação jurídica, não é uma crítica significativa. A falta de uma medida uniforme e inconcussa de dedução lógica ou precisão matemática não torna o sopesamento algo irracional.

21. As principais vantagens do sopesamento, conforme MATTHIAS JESTAEDT, são: (1) contribuir para a racionalização dos argumentos; (2) alocar ônus de argumentação; (3) assegurar a justiça e a exatidão do caso específico; (4) explicar consistentemente a casuística dos direitos fundamentais.

22. Resta demonstrado, por VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, que dois valores incomensuráveis (ou seja, que não podem ser reduzidos a uma medida única ou escala uniforme) podem ser comparados um com o outro.

23. É possível opor-se ao sopesamento questionando e atacando as bases da legitimidade da Jurisdição Constitucional como um todo. Porém, se tal abordagem for rejeitada, o sopesamento é quase que inevitável racionalmente. Ele pode ser passível de erros e pode levar a resultados distintos, mas isso não significa que não seja a opção mais racional disponível.

24. Mesmo supondo, por exemplo, que um Tribunal Constitucional deva adotar uma espécie de *minimum core approach* (abordagem do núcleo mínimo) ao adjudicar sobre os direitos fundamentais, o juízo do legislador será colocado de lado. Se defendermos que os Tribunais devem limitar sua adjudicação para resguardar um parâmetro mínimo quanto aos direitos

fundamentais, isso ainda significa que o sopesamento de fins e meios estabelecido pelo legislador será substituído por um sopesamento estabelecido por um corpo não-eleito de juízes.

25. A *abordagem do núcleo mínimo* é irracional, pois: ou o mínimo será extremamente reduzido e, portanto, oferecerá uma proteção jusfundamental de somenos monta e relevância; ou ele não será tão reduzido assim, o que tornará impossível cumprir a Constituição diante da primeira crise ou dilema que surgir, levando a uma relativização da proteção dita absoluta. Existem limitações bastante leves a direitos fundamentais que são inconstitucionais; assim como há limitações bastante intensas que são constitucionais. O *minimum core approach* não oferece respostas suficientemente convincentes para esse tipo de perplexidade. Ao contrário, o *minimum core approach* lança-nos em uma situação de aporia em tais casos.

26. Uma vez aceita a Jurisdição Constitucional, o sopesamento torna-se inevitável, em escala menor ou maior. É necessário, entretanto, usá-lo de maneira transparente, rastreável e adequada.

27. Os direitos fundamentais impõem ônus de argumentação e limitam o julgamento do legislador ordinário ou infraconstitucional. Isso significa que alguns interesses recebem certo grau de importância independentemente das consequências boas ou ruins que possam acarretar. Direitos fundamentais possuem, afinal, valor intrínseco. Portanto, uma vez que a sociedade estabelece que alguns direitos têm certa prioridade, isso significa que esses direitos só podem ser colocados de lado sob condições especiais.

28. Podemos, com o auxílio de contribuições já dadas por MATTHIAS KLATT e outros, atribuir pesos abstratos mais altos a algumas liberdades consideradas mais básicas que outras liberdades. Isso significa que alguns direitos entram no processo de sopesamento com uma espécie de “margem de vitória” ou “vantagem prévia” (*winning margin; Abwägungsvorsprung*). Estabelecemos, portanto, uma ordenação lexical – mas não uma absoluta – entre os princípios, o que corresponde a dar peso abstrato mais elevado a um direito fundamental.

29. Metaforicamente, a vantagem prévia faz com que o trunfo (isto é, o direito fundamental) possua um peso antecipado na balança, um peso antes mesmo de a pesagem começar. Afinal, o trunfo possui maior peso abstrato. A balança imaginária do sopesamento judicial já pende em favor do trunfo. Para que a balança se incline em favor do lado oposto – aquele que é contrário ao trunfo –, o peso concreto do princípio concorrente deve ser maior do que de costume.

30. Quando dois princípios começam a ser analisados com os mesmos pesos abstratos, o sopesamento concreto é feito entre iguais. A balança encontra-se em equilíbrio antes do sopesamento. Porém, quando um trunfo entra em cena, o panorama muda substancialmente: o trunfo já entra no sopesamento com uma vantagem prévia; a pesagem já se inicia com uma balança que tende em favor de um dos lados. Atribuir pesos abstratos aos direitos fundamentais significa conceder-lhes uma vantagem prévia no processo de sopesamento. Não se podem sopesar a liberdade de expressão e a segurança nacional no mesmo nível, como se os pratos da balança estivessem

equilibrados. Neste caso, o direito fundamental deve começar com uma “margem de vitória” ou “vantagem prévia” (*winning margin; Abwägungsvorsprung*).

32. Não é incomum criticar-se o sopesamento por enfraquecer a força normativa dos direitos fundamentais. Se os direitos fundamentais garantidos constitucionalmente e os interesses sem fundamento constitucional forem sopesados em pé de igualdade, a proteção jusfundamental perde a sua primazia. Seria, portanto, demasiadamente fácil subordinar os direitos fundamentais a interesses coletivos. Este perigo pode, contudo, ser confrontado por meio dos pesos abstratos. É possível atribuir aos direitos fundamentais um peso abstrato mais elevado em face de interesses colidentes e, conseqüentemente, dar-lhes uma primazia ou preferência abstrata – isto é, uma vantagem prévia ou margem de vitória. Quanto maior for o peso abstrato atribuído ao direito fundamental, tanto maior será a probabilidade de ele sobrepor-se aos interesses coletivos em oposição.

33. O modelo defendido neste trabalho não garante uma resposta algorítmica; tampouco assegura que os direitos fundamentais nunca cederão a interesses coletivos. Sua vantagem, entretanto, consiste em aumentar consideravelmente a chance de os direitos fundamentais se sobreporem. Com isso, distribuem-se de maneira mais transparente os ônus argumentativos, que passam a pender mais claramente a favor dos direitos fundamentais.

34. À luz das descobertas da lógica modal hodierna, é possível criar um novo conceito de “possibilidade jurídica”, definido como o operador lógico dos mundos possíveis que se

conformam com as leis da lógica e com as verdades amplamente aceitas no Direito. Ao que nos consta, não há trabalhos que desenvolvam a noção de “possibilidade jurídica” dessa forma. Por outro lado, a expressão “possibilidade jurídica” parece ser normalmente usada de maneira vaga e pouco precisa, o que poderia ser refinado com o auxílio da lógica modal.

35. Não há qualquer verdade aceita, em geral, pelo Direito que obste a comparação abstrata entre a liberdade de expressão e o direito geral de liberdade, por exemplo. Uma comparação desse tipo não viola princípios lógicos nem jurídicos, o que significa que é plenamente possível efetuar sopesamento com base em pesos abstratos. O contrário só seria verdade por uma petição de princípio, o que configuraria argumento *ad hoc*. A comparação abstrata entre princípios é juridicamente possível.

36. O sopesamento não é imune a qualquer subjetividade; ele não garante resultados específicos. De fato, juízes ou advogados diferentes podem usar o mesmo método (sopesamento) e chegar a conclusões completamente diferentes. O sopesamento não elimina a subjetividade da argumentação jurídica; nem seria capaz de fazê-lo. As objeções ao sopesamento impõem-lhe exigências “hiper-racionalizantes”, que simplesmente não podem ser cumpridas; nem pelo sopesamento, nem por qualquer outro método. Todavia, se quisermos que os direitos fundamentais prevaleçam sobre a maioria das considerações consequencialistas, é fundamental submeter a argumentação jurídica a um escrutínio racional e transparente. O sopesamento fornece a melhor forma de se alcançar tal desiderato.

37. Apesar da subjetividade ínsita ao sopesamento, este método oferece-nos um arcabouço para as discussões sobre direitos fundamentais que amplia a transparência e distribui os ônus de argumentação. Embora seja compatível com diferentes níveis de proteção, o sopesamento suscita exigências formais quanto ao conteúdo que preencherá a estrutura argumentativa.

38. Com inspiração em JORGE REIS NOVAIS, defendemos que os direitos fundamentais podem ser melhor definidos como “trunfos sujeitos a uma cláusula geral de sopesamento”.

39. Todo direito fundamental é um trunfo. Os trunfos são análogos a promessas. Logo, os direitos fundamentais são análogos a promessas. Por ser um direito fundamental, a liberdade de expressão é também análoga a uma promessa. Para JOSEPH RAZ, promessas configuram razões excludentes (*exclusionary reasons*), isto é, instituem encargos argumentativos onerosos em seu favor. Tais razões neutralizam argumentos e interesses que normalmente teriam maior impacto, se não fosse a força do trunfo. Os direitos fundamentais excluem, portanto, uma grande amplitude de justificativas e exceções que normalmente seriam aceitas em outras circunstâncias.

40. A teoria externa é preferível à teoria interna dos direitos fundamentais. Por um lado, a teoria interna é consistente com as premissas que toma como verdadeiras. Sempre se pode questionar que direitos devem ser considerados trunfos e quanto a abrangência desses trunfos deve cobrir. *Mutatis mutandis*, o mesmo questionamento é feito quanto à teoria externa, caso em que sempre se pode indagar que limitações são admissíveis à abrangência *prima face* de um direito. Entretanto, a principal

vantagem da teoria externa é a sua transparência. Ela força os responsáveis pela deliberação a reconhecer o fato de que sua decisão não é, de maneira alguma, óbvia. Aqueles que decidem estão, de fato, sopesando interesses conflitantes e a teoria externa deixa esse fato ainda mais claro e rastreável. É possível chegar precisamente aos mesmos resultados usando essas duas teorias distintas, mas isso não é suficiente. Deixando de lado a noção ingênua de que existe apenas uma resposta correta, que é facilmente obtida desde a construção da abrangência do trunfo em questão, a teoria externa é capaz de ampliar o processo argumentativo.

41. A teoria interna só elimina os conflitos entre direitos desde uma perspectiva semântica e conceitual. Ademais, pressupõe uma teoria do direito holística e simplesmente dada. Se uma teoria interna for adotada, teremos razões sólidas para pensar que os juízes continuarão a criar exceções aos trunfos, uma vez que isso seria inevitável; contudo, através da delimitação da abrangência de determinado direito, os juízes teriam que encontrar maneiras opacas, não-transparentes e muitas vezes furtivas de fazer isso. Essa é a única opção disponível se os trunfos forem considerados insuperáveis (trunfos de às). Por outro lado, a teoria externa favorece a racionalidade e a “rastreadibilidade” das decisões, evidenciando-lhes os argumentos. É importante indicar, da forma mais transparente possível, os conflitos de interesses, valores e princípios que subjazem a todos os casos difíceis que envolvem direitos fundamentais. A teoria externa também é superior à teoria interna por separar

claramente o estágio em que um direito é definido daquele em que suas limitações são justificadas.

42. A conhecida diferenciação de DWORKIN entre a autonomia (*freedom*) e a liberdade (*liberty*) ou é trivial, ou absurda; em qualquer caso, é inútil. De acordo com DWORKIN, nenhum direito fundamental pode sequer entrar em conflito com outro. Seria, portanto, necessário saber precisamente qual a abrangência de cada um dos direitos com antecedência. Somente sob essa condição, não haveria sobreposição entre as diferentes áreas de proteção. Essa visão holística, intimamente atrelada à ideia de “Direito como integridade”, exige os esforços de um semideus, tal como Hércules, uma vez que pressupõe um tipo de onisciência que é humanamente inatingível. Além disso, os sistemas jurídicos são de muitas maneiras incompletos e lacônicos. As soluções de muitos problemas precisam ser engendradas ou criadas; elas não são preexistentes. A teoria do direito de DWORKIN apresenta graves falhas ao pressupor que os direitos fundamentais são – ou poderiam ser – conceitos nítidos e claros que nunca entram em conflito ou oposição entre si.

43. É implausível admitir que direitos fundamentais nunca se sobrepõem e nunca estão em uma área de conflito. Há evidente objeção moral e liberal que pode ser feita quanto colocar certas condutas fora da área de proteção do direito. A liberdade garantida na Constituição não é flerte de final de semana, nem se limita a um período de férias; a liberdade garantida pela Constituição Federal está nas pequenas coisas; e assegura um espaço considerável de autodeterminação, dentro do qual cabe a cada um escolher, segundo os próprios projetos, a vida que irá

levar. Faria pouco sentido garantir constitucionalmente a liberdade, se a sociedade pudesse impor a todos um projeto coletivo que se estende até as filigranas. Quanto mais privada for a esfera regulada pela lei, tanto maior deverá ser a justificativa dessa regulação. A teoria interna, sobretudo quando associada a um suporte fático reduzido, é incompatível com essa objeção liberal.

44. O texto da Constituição cria conflitos, sem resolvê-los. Conseqüentemente, uma escolha precisa ser feita. A maioria dos povos quer ter tudo ao mesmo tempo. Quer ordem e segurança, mas com liberdade; e com igualdade também. Esses conjuntos de desejos entram em oposição, e a Constituição não tem todas as respostas. Conflitos de direitos fundamentais são inevitáveis, considerando as disposições da maioria dos textos constitucionais do mundo. Da mesma forma, as Constituições não possuem, e nem poderiam possuir, um catálogo exaustivo contendo as soluções de todos os possíveis casos que possam surgir da oposição entre direitos fundamentais. A Constituição não é um “código constitucional exaustivo”, o que implica admitir seu caráter parcial e fragmentário.

45. A proposta deste trabalho consiste em atribuir um peso maior aos direitos fundamentais e um peso menor ao interesse público. Tal abordagem tem a importante vantagem de reconhecer que os direitos fundamentais não excluem, *ipso facto*, considerações de interesse público, ao mesmo tempo em que acopla ao sopesamento uma “tendenciosidade sistemática” contra a restrição a direitos fundamentais.

46. O sopesamento pode incorporar a ideia de Constituição como ordem-moldura, o que significa que os direitos fundamentais estabelecem uma *proibição de meios insuficientes* e uma *proibição de meios excessivos*; dessa forma, o sopesamento institui os limites externos da ação do Estado. Qualquer coisa dentro da moldura é questão a ser decidida de acordo com a margem de conformação ou apreciação do legislador, enquanto qualquer coisa fora dela, seja a *demasia*, seja a *insuficiência*, é considerada inconstitucional.

47. O sopesamento estrutura o processo argumentativo. Ele não resolve problemas morais; tampouco fornece uma ou mais respostas certas. A solidez moral ou jurídica do resultado obtido através do sopesamento depende do peso atribuído aos interesses colidentes. Portanto, o sopesamento não fornece explicações de que peso deve ser dado à liberdade de expressão ou ao direito à privacidade, por exemplo. O sopesamento apenas oferece uma estrutura que levará a uma conclusão correta (*output*), se as premissas escolhidas (*input*) estiverem corretas.

48. E como se devem atribuir pesos aos valores ou direitos fundamentais? Exatamente como se faz tudo no Direito: por meio da argumentação. Em muitos aspectos, o sopesamento assemelha-se à lógica formal. Na lógica, estudam-se argumentos válidos, nomeadamente a passagem, por meio de inferência lógica, de certas premissas até uma determinada conclusão. Existem muitos argumentos válidos que são incorretos ou infundados. Eis um exemplo:

(1) Todos os chineses são franceses

- (2) Todos os franceses são brasileiros
- (3) ∴ Todos os chineses são brasileiros

O argumento ilustra o que parece ocorrer tanto com a lógica quanto com o sopesamento. As premissas (1) e (2) são falsas, mas não podemos obter tal conhecimento a partir de nossos estudos de lógica. A verdade das premissas não é uma preocupação da argumentação lógica, embora a relação entre as premissas e a conclusão o seja. Na realidade, se (1) e (2) fossem verdadeiras, (3) seria necessariamente verdadeira. A validade do argumento é diferente da sua acurácia ou correção. Algo similar acontece no caso do sopesamento de direitos fundamentais. Para que possamos afirmar que o resultado do sopesamento de dois direitos é correto, é necessário apoiar-se, em derradeira instância, no peso atribuído aos direitos fundamentais colidentes, assim como às interferências em tais direitos. Cada perquirição acerca da proporcionalidade de uma medida pressupõe uma argumentação moral, o que só pode gerar resultados corretos, se as premissas jurídicas ou morais forem procedentes. Portanto, o escrutínio da verdade das premissas é necessário, visto que o sopesamento não é nada além de um arcabouço, de uma estrutura formal.

49. Separar a perspectiva interna (sintática, portanto) da perspectiva externa (semântica, portanto) caracteriza a lógica formal. O sopesamento é, portanto, análogo à lógica formal. O sopesamento pode realmente garantir a verdade da conclusão, desde que as premissas sejam verdadeiras. A solução jurídica será desenvolvida de forma plausível a partir das premissas

aceitas – as quais terão que ser obrigatoriamente colocadas sobre a mesa, de maneira transparente.

50. No ordenamento jurídico norte-americano, há três níveis de intensidade do controle judicial da constitucionalidade das leis: *strict scrutiny*, *intermediate scrutiny*; *rational basis review*. A cada um dos três graus, corresponde uma margem de conformação ou discricionariedade que é concedida ao legislador ou ao administrador público. Por via de consequência, quanto maior for a margem de conformação, tanto maior será a deferência do Poder Judiciário perante o Executivo ou o Legislativo.

51. O Tribunal Constitucional Federal adotou os múltiplos *Kontrolldichten* (densidades de controle) ou *Prüfungsmaßstäbe* (parâmetros de avaliação ou aferição) na decisão sobre o *Mitbestimmungsgesetz*. No ordenamento jurídico alemão, são três os níveis de intensidade: *intensivierte inhaltliche Kontrolle*, *Vertretbarkeitskontrolle* e *Evidenzkontrolle*. A prerrogativa avaliativa do legislador depende de diferentes fatores; em especial, (1) do tipo de matéria em questão, (2) das possibilidades de se construir um juízo satisfatoriamente seguro, (3) e do significado dos bens jurídicos em jogo.

52. Os graus de intensidade de controle judicial aumentam a chance de os juízes serem imparciais, visto que criam parâmetros e preferências abstratas com relação a cada direito fundamental. Diminui-se a probabilidade de um juiz valer-se de seu cargo para fomentar sua própria agenda política. O arcabouço fornecido limita a possibilidade de o juiz pautar-se por suas preferências e vieses políticos e pessoais. Para tanto, a

máxima da proporcionalidade, por si só, fica aquém do desejável. É necessário “concretizá-la”, dando-lhe contornos mais rígidos.

53. Os diferentes níveis de intensidade do controle judicial enfraquecem o *narcisismo constitucional*. Narcisismo constitucional significa interpretar a Constituição como um reflexo dos próprios valores pessoais. A expressão denota a facilidade com que alguns intérpretes projetam seus valores sobre o texto constitucional. Para quem acredita na separação dos poderes, o narcisismo constitucional configura verdadeira patologia, consistente em reescrever a Constituição, enxergando nela os próprios valores e escolhas políticas. Os Narcisos do Direito Constitucional acham que a Constituição é espelho. O juiz constitucional não deve projetar seus anseios políticos sobre a Constituição, nem tentar “descobrir” a sua ideologia pessoal no texto constitucional. É preciso evitar que preferências individuais entrem – desde um ponto de vista interpretativo – pela porta dos fundos da Constituição.

54. Dia a dia, caso a caso, o Supremo Tribunal Federal parece inventar uma Constituição desconhecida, para um país que ele próprio parece pouco conhecer. E assim, decide casos que não lhe compete decidir, com princípios que não podem ser encontrados Constituição. A “categorização” em níveis de intensidade do controle judicial não é inflexível a ponto de inviabilizar que se levem em conta as peculiaridades fáticas de uma lei que limita direito fundamental. Todavia, os argumentos para justificar a limitação de um direito fundamental contemplado com uma proteção mais intensa e densa de controle

de constitucionalidade deverão ser muito mais robustos do que ocorre normalmente.

55. Eis as *Leis da Densidade ou Intensidade do Controle de Constitucionalidade* (que podem ser chamadas, em alemão e em inglês, respectivamente, de *Kontrolldichtegesetze* e *Laws of the standards of review*):

- a) Quanto mais denso for o grau de intensidade do controle judicial que deve ser aplicado, tanto maior deverá ser a certeza sobre as premissas fáticas que justificam a intervenção sobre o direito fundamental.
- b) Quanto mais denso for o grau de intensidade do controle judicial, tanto menor será a discricionariedade do legislador ordinário para dispor, concertar ou interferir em uma área constitucionalmente protegida.
- c) Quanto maior for o peso abstrato de um direito fundamental, tanto mais denso será o grau de intensidade do controle judicial e, conseqüentemente, tanto maior será a probabilidade de o direito fundamental prevalecer sobre interesses coletivos, sociais ou consequentialistas.

A seu turno, as leis também podem ser representadas da seguinte forma, após inversões de valores:

- d) Quanto menos denso for o grau de intensidade do controle de judicial que deve ser aplicado, tanto menor deverá ser a certeza sobre as premissas fáticas que justificam a intervenção sobre o direito fundamental.
- e) Quanto menos denso for o grau de intensidade do controle judicial, tanto maior será a discricionariedade do legislador ordinário para

dispor, concertar ou interferir em uma área constitucionalmente protegida.

- f) Quanto menos denso for o grau de intensidade do controle judicial, tanto menor será o peso abstrato de um direito fundamental e, conseqüentemente, tanto menor será a probabilidade de o direito fundamental prevalecer sobre interesses coletivos, sociais ou consequencialistas de qualquer natureza.

56. A ideia de margem de conformação funda-se sobre uma ideia básica: o *Grundgesetz* institui proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), bem assim mandamentos de proteção (*Schutzgebote*). Estes dão contornos à proibição de proteção insuficiente (*Untermaßverbot*), enquanto que aqueles delimitam a proibição de excesso (*Übermaßverbot*). Deve-se, todavia, preservar um espaço livre – uma margem de conformação – entre as duas proibições, a do excesso e a da insuficiência. Em regra, o legislador não pode ver sua esfera de atuação comprimida por uma braçadeira; é necessário garantir área de manobra, para que possa haver autodeterminação popular.

57. A incerteza quanto aos efeitos de uma lei não pode inibir a competência do legislador. Mesmo que se trate de lei ampla e polêmica, não se pode reclamar certeza absoluta do legislador, sob pena de condená-lo a uma “paralizia legislativa”.

58. O Tribunal Constitucional deve desempenhar a função de uma *navalha de Ockham*. Cabe ao legislador dispor e concertar as relações jurídicas, o que inclui formular preferências

e prioridades. Há dilemas e decisões dramáticas em toda parte: é necessário sacrificar certos bens, em favor de outros.

59. Não defendemos que o Tribunal Constitucional só possa declarar a inconstitucionalidade quando ela for absolutamente manifesta, evidente, incontestável. Mas sim que conciliar os valores que são caros à sociedade – e que entram em conflito a todo momento, mesmo sendo muitos deles bens jurídico-constitucionais – é missão do Congresso Nacional. A regra deve ser, sim, que a atuação do Tribunal Constitucional se restrinja ao que é evidentemente excessivo. Todavia, só uma dogmática da margem de conformação poderá delimitar as áreas em que o controle será mais, ou menos, intenso.

60. É do legislador a prerrogativa de solucionar os tormentosos dilemas da vida cotidiana, bem como a de estabelecer objetivos coletivos, perseguindo-os e concretizando-os, por meio de leis e políticas públicas. Com frequência, o juiz constitucional só deve coibir o abusivo, o arbitrário: aquilo que fica claramente aquém ou além do razoável. Tudo que se encontra entre o demasiado e o insuficiente é margem de conformação do legislador.

61. Na maioria das áreas, a intervenção judicial, se houver, deve ser contida. O Tribunal Constitucional não é um censor; nem deve achar-se senhor da verdade. Em regra, a palavra do legislador deve ser a primeira e a última. Quando isso não for possível, o legislador terá a primeira palavra; o Judiciário, a segunda. Em um cenário ideal, espera-se que o Judiciário exorte o legislador a sanar a inconstitucionalidade; assim, a terceira e final palavra seria do legislador. Apenas quando a

exortação não funcionar ou quando houver motivos cabais de que o Parlamento não pode ou não quer corrigir a inconstitucionalidade, deve o Judiciário impor-se. Não se trata de conduta a ser adotada com leveza; nem com frequência. Exige-se *prudência constitucional*.

62. A atividade legiferante não pode ser, em regra, reprimida a um mínimo, de tal forma que apenas uma única resposta certa seja constitucionalmente admissível. Do contrário, toda a atividade legislativa seria mera concretização das decisões do Tribunal Constitucional. Em outras palavras, o Parlamento passaria todo o tempo em busca da resposta correta: aquela única que é compatível com a Constituição. Admitindo-se que há uma única resposta correta para todos os problemas constitucionais, o órgão de cúpula do Poder Judiciário passaria como um trator por cima do Parlamento, permitindo-lhe legislar apenas sobre trivialidades. Ignorar-se-ia completamente a separação dos poderes: seria o rolo compressor do imperialismo juristocrático. Esse cenário trágico só seria compatível com uma realidade caracterizada pelo que podemos chamar de *ὕβρις (hubris) judiciária*: excesso de orgulho e de autoconfiança por parte dos juizes.

63. Se tudo não passa de uma tentativa de descobrir a única resposta constitucionalmente correta – segundo o Tribunal Constitucional –, seria mais fácil dar logo ao próprio Tribunal a missão de legislar. A atividade legislativa só pode reter uma certa dose de voluntarismo e autodeterminação, se entendermos que o legislador dispõe de uma margem de conformação. Disso se segue que o Parlamento não deve transformar-se em mero executor da

Constituição-conforme-definida-pelo-Tribunal-Constitucional. A Constituição não contém a resposta para todos os problemas.

64. Uma lei pode ser insensível, pode ser irracional, pode ser inapropriada, pode não disciplinar a matéria da melhor forma possível, pode até ser burra; mas nada disso a torna inconstitucional. Aliás, quem disse que a burrice é inconstitucional? Cometer erros – e corrigi-los, ou não – também é uma prerrogativa do legislador.

65. Além dos *Kontrolldichten* propriamente ditos, existe ao menos um caso de “categorização” dos níveis de intensidade do controle judicial. No chamado *Apotheken-Urteil*, o *BVerfG* lançou mão da assim chamada *Stufentheorie* (teoria dos graus, estágios ou níveis); e traçou critérios relativamente claros no que toca às limitações legais ao direito fundamental à liberdade profissional (*Berufsfreiheit*), previsto no art. 12 da Lei Fundamental. Os parâmetros fixados naquela ocasião são consideravelmente mais claros, fixos e estáveis do que aqueles que habitualmente são empregados quando do exame à luz apenas da proporcionalidade. São três os graus de intensidade de controle sobre lei que limita o direito fundamental à liberdade profissional.

66. A *Stufentheorie* proporciona maior previsibilidade do que a máxima da proporcionalidade. Além disso, a *Stufentheorie* desestimula o decisionismo judicial, porquanto os *onera* argumentativos passam a ser mais rigidamente distribuídos. As esferas em que a margem de conformação legislativa é maior passam a ser mais claramente demarcadas, o que pode revelar-se bastante produtivo no que toca ao

permanente diálogo institucional entre Parlamento e Tribunal Constitucional. Outro argumento a favor da funcionalidade da *Stufentheorie* parece ser a sua longevidade, visto que, na Alemanha, tem sido largamente aplicada até os dias atuais no que se refere ao direito fundamental à liberdade profissional.

67. O raciocínio que subjaz à *Wechselwirkungstheorie* deve ser aprimorado, e associado a pelo menos três estágios de intensidade do controle judicial efetuado pela Jurisdição Constitucional.

68. O Tribunal Constitucional possui, ao menos em tese, a palavra final sobre a constitucionalidade de certas leis; deve, por conseguinte, escolher entre ser o esclarecedor final ou o obscurantista final; pode ser luz ou trevas, para a comunidade jurídica. Se sua decisão não for clara, direta e objetiva, como se irá exigir que ela seja cumprida? A força vinculante e a oponibilidade *erga omnes* têm um preço: a criação de parâmetros nítidos e minimamente exatos, que efetivamente possam ser seguidos por todos. Nesse contexto, buscamos elaborar, para o direito fundamental à liberdade de expressão, um modelo análogo à *Stufentheorie*.

69. O critério a definir o grau de proteção constitucional deve ser, no caso da liberdade de expressão, o fundamento que ampara a sua proteção.

70. O discurso político só deve ser limitado para evitar perigos elevados, demonstráveis ou extremamente prováveis, contra um bem social proeminente ou superlativo. Ao analisarmos o caso de um periódico que publica charges de

figuras religiosas, levamos o peso abstrato do discurso político em consideração. No exemplo, as autoridades públicas desejavam, por meio de lei, proibir a publicação das charges, sob o argumento de que colidem com o princípio da liberdade religiosa e de que ameaçam a segurança pública, porquanto poderão suscitar protestos violentos e generalizados. Ao final, o sopesamento tomou a seguinte forma, com base nos argumentos detalhadamente expostos:

$$W_{i,j} = \frac{W_i \cdot I_i \cdot R_i^e \cdot R_i^n}{W_j \cdot I_j \cdot R_j^e \cdot R_j^n} = \frac{4 \cdot 2 \cdot 1 \cdot 0,5}{2 \cdot 4 \cdot 0,5 \cdot 0,25} = \frac{4}{1} = 4$$

Em síntese, no caso hipotético que formulamos, a liberdade de expressão prevalecerá sobre a ordem pública e a liberdade religiosa. O exemplo dado oferece uma maneira de compararmos os pesos abstratos de direitos fundamentais.

71. O discurso não-político demanda uma proteção menos elevada do que o discurso político. Sua tutela jurídica baseia-se em um número menor de fundamentos legitimadores. Em princípio, a margem de conformação do legislador deve ser ampla, cabendo-lhe harmonizar os bens jurídico-constitucionais em potencial conflito. A liberdade de expressão, porém, é, em virtude de por razões estruturoconstitucionais, um direito fundamental peculiar, conforme se argumentou. Logo, no caso do discurso não-político, a margem de conformação do legislador deve ser intermediária, embora também reforçada. Assim, o discurso não-político só poderá ser limitado, desde que estritamente necessário para proteger um bem social proeminente ou superlativo.

72. O discurso meramente empresarial poderá ser livremente limitado pelo legislador, somente cabendo eventual declaração de inconstitucionalidade se houver estipulações legais excessivamente onerosas ou manifestamente irrazoáveis.

73. O modelo delineado no trabalho fornece maior previsibilidade, estabilidade e transparência no que se refere à adjudicação de direitos fundamentais. Trata-se de uma aplicação “concretizada” da máxima da proporcionalidade. Tornada mais rígida, sua conseqüente inflexibilidade inibe casuísmos.

74. É possível objetar-se que os níveis de intensidade não lidam adequadamente com o fato de que, em matéria de direitos fundamentais, existem “restrições intensas constitucionais” e “restrições leves inconstitucionais”. A objeção não procede por basicamente dois motivos: em primeiro lugar, o fato de uma restrição enquadrar-se em um nível de intensidade não implica um resultado automático; em segundo lugar, se a restrição for submetida a um escrutínio judicial mais intenso do que deveria, esse fato não revela um problema na adoção de níveis de intensidade em si; mas sim na forma como as matérias foram agrupadas em níveis.

75. Uma restrição submetida a um grau intenso de controle sempre poderá ser considerada constitucional. A escolha do nível de intensidade do controle judicial não bitola por completo o resultado da adjudicação; apenas impõe mais ou menos exigências e ônus argumentativos à limitação do direito fundamental. Disso se segue que restrições intensas poderão ser consideradas constitucionais, mesmo que analisadas minuciosamente e submetidas a muitos ônus argumentativos. Por

razões análogas, limitações leves poderão ser consideradas inconstitucionais.

76. Em casos de colisão de direitos fundamentais, é necessário ter deferência para com o Parlamento. Cabe a ele efetuar o sopesamento entre os diversos interesses em questão. Quando há desacordo moral e incerteza quanto ao caminho certo a trilhar, a democracia é o caminho precípua que os Estados de Direito adotaram para solucionar controvérsias. Ausente uma resposta constitucional pré-determinada ou havendo indefinição quanto à sua existência, a legitimidade democrática do Parlamento transfere-lhe, pelo menos em regra, a prerrogativa para decidir.

77. A deferência ao Parlamento fundamenta-se, basicamente, em dois motivos: legitimidade democrática e competência institucional. Em circunstâncias nas quais o processo democrático não funciona adequadamente, a perda de legitimidade democrática pode justificar uma maior intervenção judicial. É o que ocorre quando o Parlamento, por exemplo, legisla em causa própria; quando não é capaz de absorver as complexidades dos problemas ou as demandas das pessoas envolvidas; ou quando por qualquer outro motivo se mostra enviesado ou divorciado dos interesses que deveria espelhar.

78. É necessário fugir tanto de Cila quanto de Caríbdis. Ou seja: tão necessário quanto evitar uma *subconstitucionalização do Direito* é impedir uma *hiperconstitucionalização do Direito*. Basta a *constitucionalização do Direito*; basta a ordem-moldura.

79. Segundo uma possível objeção ao modelo dos níveis de controle judicial pré-fixados, as razões que fundamentam a deferência – basicamente, legitimidade democrática e competência institucional – não podem ser determinadas abstratamente. A objeção não procede, porque é possível medir legitimidade democrática e competência institucional de maneira abstrata.

80. Alguns direitos fundamentais são particularmente sensíveis à deliberação democrática. Trata-se de direitos fundamentais que, por peculiaridades suas, muito dificilmente serão protegidos pelo Parlamento a contento. Nesses casos excepcionais, a legitimidade democrática do Parlamento já é, desde logo, reduzida. As peculiaridades que corroem a legitimidade democrática ou a competência institucional do Parlamento podem ser classificadas – conforme propusemos – como *endoconstitucionais* ou *estruturoconstitucionais*. Presentes tais peculiaridades, justifica-se um controle judicial mais intenso; e menor será, por conseguinte, a deferência ao legislador.

81. Endoconstitucionais são as razões específicas ou internas a um dado texto constitucional que justificam uma especial proteção por parte do Tribunal Constitucional. Isso significa que uma dada Constituição, por motivos contingentes, estabeleceu, implícita ou explicitamente, que determinado direito receberia uma proteção mais intensa. Estruturoconstitucionais, por outro lado, são as razões estruturais ou conglobantes que justificam especial proteção por parte do Tribunal Constitucional. As razões estruturoconstitucionais geralmente

defluem da própria ideia de Constituição democrática e da desconfiança quase que *tout court* de o Parlamento deliberar sobre certas matérias. Presentes razões estruturoconstitucionais, a margem de conformação do legislador já é, de antemão, mais restrita. Ou seja: em tais casos, a margem de conformação é *abstratamente* menor, pois o é independentemente do caso concreto.

82. A sub-representação e a sobre-representação no Parlamento de interesses conflitantes com bens jurídico-constitucionais diminuem a margem de conformação do legislador, visto que minam a sua legitimidade democrática. Autoriza-se, em tais casos, um controle judicial mais intenso por parte do Tribunal Constitucional.

83. A falta de legitimidade democrática ou de competência institucional do Congresso Nacional, desde que presente, não varia caso a caso. É perfeitamente possível traçar parâmetros gerais que independem de um caso concreto específico. Portanto, a comparação abstrata é possível, ainda que não seja *sub specie aeternitatis*.

84. Não se pode admitir que o nível de controle se torne um “coringa” argumentativo, conforme defende MATTHIAS KLATT. Sua abordagem concede muita margem de ação ao magistrado. Perde-se previsibilidade dessa maneira. É preciso tornar mais rígidos os níveis de controle, a fim de obter-se maior segurança jurídica. Os níveis de intensidade do controle judicial devem ser estratificados de maneira rígida; do contrário, serão fixados *ad hoc* pelos magistrados. Se isso ocorrer, realmente se tornarão meros elementos “coringas”. A prevalecer a proposta de KLATT, só

saberemos como serão distribuídos os ônus argumentativos caso a caso. Perdem-se estabilidade e transparência, portanto. A estrutura argumentativa passa a ser menos clara e previsível.

85. Leis são planos (SCOTT SHAPIRO). Elas permitem a coexistência de diferentes projetos de vida, evitam frustrações, geram previsibilidade, harmonizam a coordenação de tarefas. Justamente por serem planos, as leis não devem ser cumpridas aconteça o que acontecer. As leis são, por conseguinte, “derrotáveis” (*defeasible*), mas só em casos de inequívoca alteração do cenário fático em função do qual haviam sido adotadas. Seguir as regras, ainda que não se concorde com o conteúdo delas, evita injustiças e racionaliza, a longo prazo, o processo de tomada de decisões. Em virtude disso, fala-se que regras são razões excludentes (*exclusionary reasons*).

86. É necessário conferir ao legislador uma competência fundamental para o desenvolvimento de seus trabalhos: a competência para decidir sob condições de incerteza. Aqueles que defendem que a ideia de princípios formais é trivial ou inútil parecem viver em um mundo preto-e-branco: tudo é ou constitucional, ou inconstitucional. Não há meio-termo, nem incerteza. Esse tipo de visão dualista ou dicotômica ignora a dificuldade suscitada por questões constitucionais – sobretudo pela vagueza e abrangência habituais em textos constitucionais. O mundo não é tão simples como tais autores parecem pressupor; nem são todas as questões constitucionais óbvias ou passíveis de juízos absolutos. Entre a constitucionalidade (preto) e a inconstitucionalidade (branco), há pelo menos 50 tons de cinza.

89. O Supremo Tribunal Federal deve retomar a aplicação do enunciado 400 de sua Súmula de Jurisprudência, cuja redação é “Decisão que deu razoável interpretação a lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra “a” do art. 101, III, da Constituição Federal”. O fato de o STF praticamente não aplicar mais a sua Súmula 400 configura um grave equívoco.

90. Há algumas coisas que a Constituição proíbe e outras que ela exige. Para todas as outras, não há uma resposta constitucional pré-fixada. A Constituição é uma moldura. Não se pode achar que a Constituição possui a resposta para todos os problemas. Ter consciência disso é ter *humildade constitucional*.

91. Podemos classificar em 3 grupos as formas de compatibilizar os princípios formais com o sopesamento: (1) modelo de combinação; (2) modelo de separação; e (3) modelo epistêmico. Concordamos com ROBERT ALEXY no sentido de o modelo epistêmico ser claramente preferível aos demais.

92. Os princípios formais, por manifestarem a prerrogativa de decisão do legislador, devem ser incorporados ao sopesamento. Segundo modelo recentemente apresentado por ALEXY, uma interferência *séria* sobre direito fundamental, que demandaria ampla justificação, pode ser mais facilmente legitimada se houver alto grau de dúvida quanto à sua seriedade. Prevalece, portanto, a competência do legislador.

93. O resultado prático da mudança proposta por ALEXY consiste em manter ou diminuir o valor do peso da interferência sobre o direito fundamental. Em outras palavras, se houver certeza sobre o peso da interferência ser *sério*, permanece

como *sério* na fórmula do peso; atribui-se-lhe, pois, valor 4. Se, entretanto, for menor a certeza quanto à intensidade da interferência, essa interferência de peso *sério*, que equivale a 4, será multiplicada por 0,5 ou 0,25. Poderá, pois, equivaler a um peso *médio* (valor 2) ou *leve* (valor 1), no final das contas. Em síntese, a confiabilidade da premissa fática afeta o valor final da interferência no direito fundamental, conforme a fórmula do peso completa (*vollständige Gewichtsformel*):

$$W_{i,j} = \frac{W_i \cdot I_i \cdot R_i^e \cdot R_i^n}{W_j \cdot I_j \cdot R_j^e \cdot R_j^n}$$

A confiabilidade das premissas permite-nos incorporar os princípios formais ao sopesamento, ainda que indiretamente, por meio do que se pode chamar de “sopesamento de 2ª ordem”. BOROWSKI sugere alterar-se a fórmula do peso, acrescentando-lhe uma terceira variável, “F”, que terá valores numéricos, atribuídos conforme a maior ou menor deferência ao legislador:

$$W_{i,j} = \frac{F_i \cdot W_i \cdot I_i \cdot R_i}{F_j \cdot W_j \cdot I_j \cdot R_j}$$

A proposta de ALEXY prefere à de BOROWSKI.

94. A democracia assenta-se sobre a premissa básica de que os eleitores são plenamente aptos e capazes para decidir os rumos do país. Se isso procede, então é plausível defender que cabe ao povo separar o falso do verdadeiro, o incorreto do correto. Entretanto, também a vontade coletiva pode inquirar-se de vícios de consentimento, como o erro, o dolo ou a coação. Não se reputa livre a eleição em que vota um povo politicamente oprimido,

considerando-se que o sufrágio, para ser legítimo, pressupõe estabilidade e liberdade para votar no candidato que se julga adequado, sem medo de represálias.

95. As restrições eleitorais devem ser a exceção, de sorte que as escolhas políticas, econômicas e morais sejam feitas prioritariamente pelos cidadãos, sem interferência prévia. É crucial evitar que as normas eleitorais desencadeiem um processo de infantilização da população, o que não impede que distorções fruto de relações de poder exacerbadas sejam limitadas, por ameaçarem o próprio *fair play* democrático. Em esferas que envolvem maior sofisticação técnica – como o caso das pesquisas eleitorais de opinião –, o próprio cidadão não dispõe de meios independentes para verificar a veracidade das informações divulgadas. Esse fato reforça a legitimidade de eventuais restrições ao discurso político-eleitoral. No caso da criminalização de pesquisas eleitorais fraudulentas (§ 4º do art. 33 da Lei Federal n. 9.504/97 – Lei das Eleições), o sopesamento assumiu, ao final, a seguinte forma, conforme minuciosamente argumentado:

$$W_{i,j} = \frac{W_i \cdot I_i}{W_j \cdot I_j} = \frac{s \cdot m}{s \cdot s} = \frac{4 \cdot 2}{4 \cdot 4} = \frac{8}{16} = 0,5$$

Logo, a criminalização mostra-se proporcional *stricto sensu*. A intenção que subjaz a esse tipo de justificativa é propiciar as condições de possibilidade de uma escolha esclarecida, razão pela qual o discurso político-eleitoral pode ser devidamente limitado em alguns casos.

96. O caso *Citizens United v. Federal Election Commission* foi mal decidido pela Suprema Corte norte-americana. O entendimento esposado pela Corte deveria ser reformado.

97. Conquanto seja mais rígido do que a máxima da proporcionalidade, o modelo proposto neste trabalho sujeita-se a uma objeção que comumente é feita à proporcionalidade. Ora, se o modelo nada mais é do que uma estrutura formal, então não vincula completamente os resultados. Estaria, portanto, exposto a subjetividades. De fato, a crítica procede em alguma medida. O aproveitamento da estrutura formal dependerá do conteúdo que nela for inserido. Essas críticas foram, inclusive, rejeitadas no que se refere à proporcionalidade. Não obstante, contrange-se de maneira mais acentuada a liberdade do juiz, quando se adota o modelo ora proposto.

98. Segundo o modelo proposto, o juiz constitucional expõe-se de maneira mais direta a críticas, porque sua margem de decisão será menor. No caso da liberdade de expressão, se houver limitação ao discurso político, a questão a ser respondida pelo magistrado passa a ser muito mais simples e elementar: a lei restritiva é necessária para evitar perigos elevados, demonstráveis ou extremamente prováveis, contra um bem social proeminente ou superlativo? Quanto ao discurso não-político, a lei restritiva é estritamente necessária para proteger um bem social proeminente ou superlativo? E quanto ao discurso meramente empresarial, a lei restritiva é excessivamente onerosa ou manifestamente irrazoável? Declarar, ou não, inconstitucional lei que limita a liberdade de expressão passa a depender quase que exclusivamente da resposta dessas perguntas. O

sopesamento já foi feito anteriormente de maneira abstrata, quando se definiu que o discurso político só poderia ser limitado para evitar perigos elevados, demonstráveis ou extremamente prováveis, contra um bem social proeminente ou superlativo. Evidentemente, cumpre ainda ao juiz constitucional sopesar se, no caso concreto, tais perigos se encontram presentes. Fã-lo-á por meio da fórmula do peso. Porém, o peso abstrato elevado da liberdade de expressão neutraliza, com muito mais força, argumentos em sentido contrário. Afinal, a margem de vitória ou vantagem prévia atrai a balança do sopesamento, fazendo-a pender em favor do direito fundamental antes mesmo de serem conhecidas as circunstâncias do caso concreto. Considerações análogas valem no caso do discurso não-político. No caso do discurso meramente empresarial, prepondera a margem de conformação do legislador. Logo, simplesmente não haverá margem de vitória ou vantagem prévia.

99. No modelo que propusemos, o resultado permanece incerto. Só o juiz constitucional decidirá, se há, ou não, perigos elevados aptos a limitar o discurso político, por exemplo. No entanto, sua função transforma-se consideravelmente, porque o modelo comprime em parte a atuação judicial; conseqüentemente, diminui-se a probabilidade de os juízos pessoais de valor do magistrado desempenharem papel na adjudicação de direitos fundamentais. Conforme enfatizado, o cidadão também se beneficia, pois adjudica-se de maneira mais previsível, estável e transparente. A transparência advém do fato de as premissas terem sido mais claramente colocadas na mesa. As regras do jogo são definidas previamente.

A intensidade do controle judicial não poderá alterar-se de acordo com o caso concreto. Os argumentos que poderão justificar a limitação do direito fundamental passam a ser pontuados de maneira muito mais nítida. A estabilidade provém do sopesamento abstrato previamente realizado. Se o grau de deferência ao legislador é definido previamente, será aplicado a uma infinidade de casos. E se for necessário mudar a intensidade do controle, tal alteração valerá para todos os casos futuros. A probabilidade de ocorrerem modificações diminui, porquanto as consequências reverberarão sobre todo o sistema. O modelo proposto impõe coerência e rigidez. Disso se segue também a previsibilidade, uma vez que os cidadãos saberão com maior antecedência as chances de uma lei ser, ou não, considerada inconstitucional. Já se frisou que o resultado continua indefinido, mas será muito mais fácil prevê-lo. A transparência dos critérios utilizados propicia antever, de maneira mais confiável, a probabilidade de uma lei ser declarada, ou não, inconstitucional.

100. A teoria dos níveis de intensidade de controle judicial conforme defendida neste trabalho oferece parâmetros racionais, para aferir se uma limitação à liberdade de expressão é, ou não, inconstitucional. Trata-se, mais especificamente, de uma teoria inspirada na *Stufentheorie*. Esperamos ter demonstrado que essa solução se afigura mais adequada do que a adoção pura e simples do *standards of review* ou dos *Kontrolldichten*.

Referências

- ABRAMS, Floyd. *Friend of the Court: on the front lines with the First Amendment*. New Haven: Yale University Press, 2013.
- AFONSO DA SILVA, Virgílio. 'A Continuum of Electoral Systems? (Or, Why Law and Legislation Need Typologies)' (2013) 1 *The Theory and Practice of Legislation*, 227–253.
- AFONSO DA SILVA, Virgílio. 'Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision' (2011) 31 *Oxford Journal of Legal Studies*, 273–301.
- AFONSO DA SILVA, Virgílio. 'Direitos fundamentais e liberdade legislativa: o papel dos princípios formais', in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Coimbra: Coimbra Editora, vol. III, 2012.
- AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. 2ªed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Grundrechte und gesetzgeberische Spielraum*. Baden-Baden: Nomos, 2003.
- ALEINIKOFF, Alexander. 'Constitutional Law in the Age of Balancing' (1987) 96 *Yale Law Journal*, 943–1005.
- ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- ALEXY, Robert. 'Diskussionsbeitrag' (2002) 61 *VVDStRL*, 216–19.
- ALEXY, Robert. 'Formal Principles: Some replies to critics' (2014) 12 *International Journal of Constitutional Law*, 511–524.
- ALEXY, Robert. 'Jörn Ipsens Konstruktion der Grundrechte' (2013) 52 *Der Staat*, 87–98.
- ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2.Auf. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.
- ALEXY, Robert. *Verfassungsrecht und einfaches Recht* (VVDStRL 61). Berlin: Walter de Gruyter, 2002.
- AMAR, Akhil Reed. *The Bill of Rights*. New Haven: Yale University Press, 1998.
- ARAI-TAKAHASHI, Yutaka. 'The margin of appreciation doctrine: a theoretical analysis of Strasbourg's variable geometry', in FØLLESDAL, Andreas; PETERS, Birgit; ULFSTEIN, Geir (eds). *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

- ARNARDÓTTIR, Oddný Mjöll. 'Discrimination as a magnifying lens: scope and ambit under Article 14 and Protocol No. 12', in BREMS, Eva; GERARDS, Janneke (eds). *Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- AUSTIN, J. L. *How to do Things with Words*. 2nded. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1975.
- BADURA, Peter. 'Die Verfassung im Ganzen der Rechtsordnung und die Verfassungskonkretisierung durch Gesetz', in ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul. *Handbuch des Staatsrechts*. 3.Auf. Heidelberg: C.F. Müller, vol. XII, 2014.
- BADURA, Peter. *Staatsrecht: Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*. 5.Auf. München: C.H. Beck, 2012.
- BALKIN, Jack M. *Living Originalism*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011.
- BARAK, Aharon. 'Proportionality', in ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- BARAK, Aharon. *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- BARAK, Aharon. *Purposive Interpretation in Law*. Princeton: Princeton University Press, 2005.
- BARAK, Aharon. *The Judge in a Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2006.
- BARENDT, Eric. *Freedom of Speech*. 2nded. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. 'Here, There, and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse' (2012) 35 *Boston College International and Comparative Law Review*, 331–393.
- BERLIN, Isaiah (1958). 'Two Concepts of Liberty', in *Liberty*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- BERNAL PULIDO, Carlos. *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. 3^aed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- BETHGE, Herbert. 'Mittelbare Grundrechtsbeeinträchtigungen', in MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen. *Handbuch der Grundrechte: Allgemeine Lehren II*. München: C.F. Müller, 2009.

- BICKENBACH, Christian. *Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014.
- BJORGE, Eirik. 'Bottom-up shaping of rights: how the scope of human rights at the national level impacts upon Convention rights', in BREMS, Eva; GERARDS, Janneke (eds). *Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- BLOCHER, Joseph. 'Categoricalism and Balancing in First and Second Amendment Analysis' (2009) 84 *NYU L. Rev.*, 375–439.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang (1976). 'Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik', in *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht: Aufsätze von Ernst-Wolfgang Böckenförde*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2006 [publicado originalmente como BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. 'Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik' (1976) 29 *Neue Juristische Wochenschrift*, 2089–2099].
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. 'Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik' (1990) 29 *Der Staat*, 1–31.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang (1975). 'Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation', in *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht: Aufsätze von Ernst-Wolfgang Böckenförde*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2006 [publicado originalmente como BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. 'Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation' (1975) 27 *Neue Juristische Wochenschrift*, 1529–1538].
- BÖHNSTEDT, Stefanie. *Die Konstitutionalisierung des Bildnisschutzes in Deutschland und in den USA*. Baden-Baden: Nomos, 2010.
- BOLLINGER, Lee C. *Images of a Free Press*. Chicago: University of Chicago Press, 1991.
- BOLLINGER, Lee C. *The Tolerant Society*. New York: Oxford University Press, 1986.
- BOLLINGER, Lee C. *Uninhibited, Robust, and Wide-Open: A Free Press for a New Century*. New York: Oxford University Press, 2010.
- BOLOS, George; JEFFREY, Richard. *Computability and Logic*. 5thed. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- BOROWSKI, Martin. 'Formelle Prinzipien und Gewichtsformel', in KLATT, Matthias. *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013.

- BOROWSKI, Martin. *Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.
- BOROWSKI, Martin. 'Discourse, Principles, and the Problem of Law and Morality: Robert Alexy's Three Main Works' (2011) 2 *Jurisprudence*, 575–595.
- BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien*. 2.Auf. Baden-Baden: Nomos, 2007.
- BOROWSKI, Martin. 'Subjekte der Verfassungsinterpretation', in ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul. *Handbuch des Staatsrechts*. 3.Auf. Heidelberg: C.F. Müller, vol. XII, 2014.
- BOYLE, Kevin. *Striking a Balance: Hate Speech, Freedom of Expression, and Non-Discrimination*. London: Article 19, 1992.
- BOYRON, Sophie. *The Constitution of France: A Contextual Analysis*. Oxford: Hart, 2013.
- BRADY, Alan D. P. *Proportionality and Deference under the UK Human Rights Act: An Institutionally Sensitive Approach*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- BRENNAN, William J. 'The Constitution of the United States: Contemporary Ratification' (1985) 19 *University of California at Davis Law Review*, 1–16.
- BREYER, Stephen. *Making our Democracy Work: a Judge's view*. New York: Vintage, 2010.
- BUMKE, Christian. *Ausgestaltung von Grundrechten*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009.
- BUMKE, Christian; VOßKUHLE, Andreas. *Casebook Verfassungsrecht*. 6.Auf. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013.
- BUSTAMANTE, Thomas. 'Interpreting Plans: A Critical View of Scott Shapiro's Planning Theory of Law' (2012) 37 *Australian Journal of Legal Philosophy*, 219–250.
- CAMILO DE OLIVEIRA, Renata. *Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik: Beitrag zu einem liberalen Grundrechtsverständnis im demokratischen Rechtsstaat*. Berlin: Duncker & Humblot, 2013.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7^aed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law*. 3rded. Austin: Aspen Publishers, 2009.
- CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law: 2012 Supplement*. 3rded. New York: Wolters Kluwer, 2012.

- CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law: Principles and Policies*. 4thed. Aspen Publishers, 2011.
- CHEMERINSKY, Erwin. *The Case Against the Supreme Court*. New York: Viking, 2014.
- COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. *Proportionality and Constitutional Culture*. New York: Cambridge University Press, 2013.
- COLLINGS, Ronald K.L.; CHALTAIN, Sam. *We must not be afraid to be free: stories of free expression in America*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- CONSTANT, Benjamin. 'De la liberté des anciens comparée à celle des modernes (discours prononcé à l'Athénée Royal de Paris en 1819)', in *Écrits politiques*. Paris: Gallimard, 1997.
- COSTA NETO, João. 'A Corte Constitucional sul-africana e os direitos fundamentais: um paradigma a ser seguido?' (2014) 7 *Observatório da Jurisdição Constitucional*, 190–225.
- COSTA NETO, João. 'A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas' (2013) 83 *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, 177–210.
- COSTA NETO, João. *Dignidade Humana: Visão do Tribunal Constitucional Federal alemão, do STF e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- COSTA NETO, João. 'É preciso ter humildade constitucional: o caso alemão' *Consultor Jurídico (ConJur)*, 20 jul. 2013.
- COSTA NETO, João. 'Human dignity, social security and Minimum living wage: the decision of the Bundesverfassungsgericht that declared the unconstitutionality of the benefit amount paid to asylum seekers.' (2014) 1 *University of Brasília Law Journal*, 166–188.
- COSTA NETO, João. 'Humildade constitucional: o conceito que o STF ainda não descobriu na Constituição, e o retorno à legalidade' *Crítica Constitucional*, 15 jul. 2013.
- DARWIN, Charles (1859). *On the Origin of Species: A Facsimile of the First Edition*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1964.
- DE GRAZIA, Edward. *Girls Lean Back Everywhere: The Law of Obscenity and the Assault on Genius*. New York: Vintage, 1993.
- DECEW, Judith Wagner. 'Free Speech and offensive expression', in FRANKEL PAUL, Ellen; MILLER, Fred D.; PAUL, Jeffrey. *Free Speech*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- DIETLEIN, Johannes. *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*. 2.Auf. Berlin: Duncker & Humblot, 2005.

- DORF, Michael C.; MORRISON, Trevor W. *Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- DREIER, Horst. 'Recht und Willkür', in STARCK, Christian. *Recht und Willkür*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.
- DREIER, Horst. 'Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG', in DREIER, Horst. *Grundgesetz-Kommentar*. 3.Auf. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013.
- DUARTE D'ALMEIDA, Luís. 'A Proof-Based Account of Legal Exceptions' (2013) 33 *Oxford Journal of Legal Studies*, 133–168.
- DUARTE D'ALMEIDA, Luís. 'Legal Statements and Normative Language' (2011) 30 *Law and Philosophy*, 167–199.
- DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1985.
- DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996.
- DWORKIN, Ronald. *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate*. Princeton: Princeton University Press, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011.
- DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986.
- DWORKIN, Ronald. *Religion without God*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2013.
- DWORKIN, Ronald. *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2000.
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977.
- EBERLE, Edward J. *Dignity and Liberty: Constitutional Visions in Germany and the United States*. Westport, CT: Praeger, 2002.
- ELY, John Hart. 'Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in the First Amendment Analysis' (1975) 88 *Harv. L. Rev.*, 1482–1508.
- ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1980.
- FECHNER, Frank. 'Meinungsfreiheit, Pressefreiheit, Freiheit der Kunst, Wissenschaft, Forschung und Lehre', in STERN, Klaus; BECKER, Florian. *Grundrechte-Kommentar*. Köln: Carl Heymanns, 2010.

- FISH, Stanley. *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*. Durham, NC: Duke University Press, 1989.
- FISH, Stanley. *Is There a Text in This Class? The Authority of Interpretive Communities*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1980.
- FISH, Stanley. *The Trouble with Principle*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999.
- FISH, Stanley. *There's No Such Thing As Free Speech, and it's a Good Thing, Too*. New York: Oxford University Press, 1994.
- GABBAY, Dov; HORTY, John; PARENT, Xavier. *Handbook of Deontic Logic and Normative Systems*. College Publications: Milton Keynes, 2013.
- GARDNER, John. *Law as a Leap of Faith*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- GEWIRTH, Alan. 'Are There Any Absolute Rights?' (1981) 31 *The Philosophical Quarterly*, 1–16.
- GÖDEL, Kurt. 'Die Vollständigkeit der Axiome des logischen Funktionenkalküls' (1930) 37 *Montatshefte für Mathematik und Physik*, 349–360.
- GRECO, Luís. *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie: Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*. Berlin: Duncker & Humblot, 2009.
- GRÖPL, Christoph; WINDTHORST, Kay; COELLN, Christian von. *Grundgesetz: Studienkommentar*. München: C.H. Beck, 2013.
- GRZESZICK, Bernd; LANG, Heinrich. *Wahlrecht als materielles Verfassungsrecht: Der Wahlgesetzgeber zwischen verfassungsrechtlicher Bindung und politischer Gestaltungsfreiheit – Überlegungen am Beispiel des 19. Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlrechts*. Baden-Baden: Nomos, 2012.
- GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. 3rded. Stanford: Stanford University Press, 2012.
- GÜNTHER, Klaus. *Der Sinn für Angemessenheit*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.
- HABA, Enrique P. 'Rehabilitación del no-saber en la actual Teoría del Derecho. El Bluff Dworkin' (2001) 24 *Doxa*, 5–88.
- HABERMAS, Jürgen. 'The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights' (2010) 41 *Metaphilosophy*, 462–480.

- HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.
- HAIN, Karl-Eberhard. *Die Grundsätze des Grundgesetzes: Eine Untersuchung zu Art. 79 Abs. 3 GG*. Baden-Baden: Nomos, 1999.
- HAREL, Alon. *Why Law Matters*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- HARMAN, Gilbert. *Explaining Value and Other Essays in Moral Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- HART, H.L.A. 'Legal and Moral Obligation', in MELDEN, A.I. (ed). *Essays in Moral Philosophy*. Seattle, WA: University of Washington Press, 1958.
- HART, H.L.A. 'Legal Duty and Obligation', in *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1982.
- HART, H.L.A. 'Problems of the Philosophy of Law', in *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983.
- HART, H.L.A. (1961). *The Concept of Law*. 3rded. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- HARVIE WILKINSON, J. *Cosmic Constitutional Theory*. New York: Oxford University Press, 2012.
- HAUGELAND, John. *Dasein Disclosed*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2013.
- HEIDEGGER, Martin (1927). *Sein und Zeit*. Tübingen: Niemeyer, 2006.
- HEIDEGGER, Martin (1927). *Grundprobleme der Phänomenologie*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2005.
- HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C.F. Müller, 1999.
- HILLGRUBER, Christian. 'Grundrechtsschranken', in ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul. *Handbuch des Staatsrechts*. 3.Auf. Heidelberg: C.F. Müller, vol. IX, 2011.
- HILPINEN, Risto. *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*. Berlin: Springer, 1981.
- HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2004.
- HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. 'Nachvollziehende Grundrechtskontrolle' (2003) 128 *Archiv des öffentlichen Rechts*, 173–225.

- HORNBLOWER, Simon; SPAWFORTH, Antony. *The Oxford Classical Dictionary*. 3rded. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- HORWITZ, Paul. *First Amendment Institutions*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2013.
- HÜBNER MENDES, Conrado. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- HÜBNER MENDES, Conrado. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. São Paulo: Elsevier, 2008.
- HUME, David (1738). *A Treatise of Human Nature*. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- HUNTER, Geoffrey. *Metalogic: An Introduction to the Metatheory of Standard First Order Logic*. University of California Press, 1996.
- IPSEN, Jörn. 'Grundzüge einer Grundrechtsdogmatik. Zugleich Erwiderung auf Robert Alexy, 'Jörn Ipsens Konstruktion der Grundrechte'' (2013) 52 *Der Staat*, 266–293.
- IPSEN, Jörg. *Staatsrecht II. Grundrechte*. 15.Auf. München: Franz Vahlen, 2012.
- ISENSEE, Josef. 'Das Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht', in ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul. *Handbuch des Staatsrechts*. 2.Auf. Heidelberg: C.F. Müller, vol. V, 2000.
- JARASS, Hans D. 'Funktionen und Dimensionen der Grundrechte', in MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen. *Handbuch der Grundrechte: Allgemeine Lehren I*. München: C.F. Müller, 2006.
- JARASS, Hans D.; PIEROTH, Bodo. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar*. 12.Auf. München: C.H. Beck, 2012.
- JESTAEDT, Matthias. 'The Doctrine of Balancing: Strengths and Weaknesses', in KLATT, Matthias. *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- JESTAEDT, Matthias. *Grundrechtsentfaltung im Gesetz: Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999.
- KAHL, Wolfgang. 'Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt' (2004) 43 *Der Staat*, 167–202.
- KAMM, F. M. *Intricate Ethics: Rights, Responsibilities and Permissible Harm*. New York: Oxford University Press, 2007.
- KARPENSTEIN, Ulrich; MAYER, Franz C. *EMRK Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten: Kommentar*. München: C.H. Beck, 2012.

- KAYE, Richard W. *The Mathematics of Logic: A Guide to Completeness Theorems and their Applications*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- KELSEN, Hans (1920). 'Vom Wesen und Wert der Demokratie', in JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver. *Verteidigung der Demokratie*. Stuttgart: Mohr Siebeck, 2006.
- KELSEN, Hans (1934). *Reine Rechtslehre*. 1.Auf. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.
- KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2.Auf. Wien: Franz Deuticke, 1967.
- KELSEN, Hans. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit (VVDStL, 5)*. Berlin u. Leipzig: Walter de Gruyter, 1929.
- KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. 'Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Ein Strukturelement des globalen Konstitutionalismus' (2014) 54 *JuS*, 193–199 [trad. port. KLATT, Matthias. 'A máxima da proporcionalidade: um elemento estrutural do Constitucionalismo global' (trad. João Costa Neto) (2014) 7 *Observatório da Jurisdição Constitucional* 23–41].
- KLATT, Matthias. *Die praktische Konkordanz von Kompetenzen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014.
- KLATT, Matthias. 'Positive Obligations under the European Convention on Human Rights' (2011) 71 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 691–718.
- KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- KLATT, Matthias; SCHMIDT, Johannes. *Spielräume im Öffentlichen Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010.
- KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. 'Verhältnismäßigkeit als universelles Verfassungsprinzip' (2012) 51 *Der Staat*, 159–188.
- KLEIBER, Michael. *Der grundrechtliche Schutz künftiger Generationen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014.
- KLOEPFER, Michael. *Verfassungsrecht: Grundlagen, Staatsorganisationsrecht, Bezüge zum Völker- und Europarecht*. München: C.H. Beck, vol. I, 2011.
- KLOEPFER, Michael. *Verfassungsrecht: Grundrechte*. München: C.H. Beck, vol. II, 2010.
- KRIELE, Martin (1985). 'Die Wucht des Emanzipations-Denkens: Zum Abtreibungsurteil des Bundesverfassungsgericht', in *Recht, Vernunft, Wirklichkeit*. Berlin: Duncker & Humblot, 1990.

- KRIELE, Martin. 'Grundrechte und demokratischer Gestaltungsspielraum', in ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul. *Handbuch des Staatsrechts*. 2.Auf. Heidelberg: C.F. Müller, vol. V, 2000.
- KRIELE, Martin. *Theorie der Rechtsgewinnung: entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*. Berlin: Duncker & Humblot, 1967.
- KUMM, Matthias. 'The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review' (2010) 4 *Law and Ethics of Human Rights*, 142–175.
- LEGG, Andrew. *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- LETSAS, George. *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- LEVI, Edward H. *An Introduction to Legal Reasoning*. Chicago: University of Chicago Press, 1948.
- LEVY, Leonard W. *Emergence of a Free Press*. New York: Oxford University Press, 1985.
- LEWIS, Anthony. *Freedom for the Thought that we Hate: a biography of the First Amendment*. New York: Basic Books, 2007.
- LEYLAND, Peter. *The Constitution of the United Kingdom: A Contextual Analysis*. 2nded. Oxford: Hart, 2012.
- LIU, Goodwin; KARLAN, Pamela S.; SCHROEDER, Christopher H. *Keeping Faith with the Constitution*. New York: Oxford University Press, 2010.
- LOUGHLIN, Martin. *The British Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- LÜBBE-WOLFF, Gertrude. *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*. Baden-Baden: Nomos, 1988.
- MARTINS, Leonardo; DIMOULIS, Dimitri. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 4^aed. São Paulo: Atlas, 2012.
- MARX, Karl. *Die Konstitution der Französischen Republik, angenommen am 4. November 1848*, apud ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2.Auf. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.
- MAVRONICOLA, Natasa. 'What is an 'absolute right'? Deciphering Absoluteness in the Context of Article 3 of the European Convention on Human Rights' (2012) 12 *Human Rights Law Review*, 723–758.
- MEISTER, Moritz. *Das System des Freiheitsschutzes im Grundgesetz*. Berlin: Duncker & Humblot, 2011.

- MENZEL, Jörg; MÜLLER-TERPITZ, Ralf. *Verfassungsrechtsprechung*. 2.Auf. Stuttgart: Mohr Siebeck, 2011.
- MEYERSON, Denise. 'Why Courts Should Not Balance Rights against the Public Interest' (2007) 31 *Melbourne University Law Review*, 801–830.
- MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. *Grundrechte*. 3.Auf. Baden-Baden: Nomos, 2012.
- MILO, Dario; PENFOLD, Glenn; STEIN, Anthony. 'Freedom of Expression', in WOOLMAN, Stu; BISHOP, Michael. *Constitutional Law of South Africa*. 2nded. Cape Town: Juta, 2013.
- MÖLLER, Kai. *Paternalismus und Persönlichkeitsrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 2005.
- MÖLLER, Kai. 'Proportionality and Rights Inflation', in HUSCROFT, Grant; MILLER, Bradley W.; WEBBER, Grégoire. *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- MÖLLER, Kai. *The Global Model of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- MÖLLERS, Christoph. *Die drei Gewalten: Legitimation der Gewaltengliederung in Verfassungsstaat, Europäischer Integration und Internationalisierung*. Weilerswist: Velbrück Wissenschaft, 2008.
- MORLOK, Martin; MICHAEL, Lothar. *Staatsorganisationsrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2013.
- MÜLLER, Friedrich. *Die Positivität der Grundrechte*. 2.Auf. Berlin: Duncker & Humblot, 1990.
- MÜLLER, Friedrich. *Essais zur Theorie von Recht und Verfassung, von Methodik und Sprache*. 2.Auf. Berlin: Duncker & Humblot, 2013.
- MÜLLER, Jörg Paul; SCHEFER, Markus. *Grundrechte in der Schweiz*. 4.Auf. Bern: Stämpfli Verlag, 2008.
- MURCHO, Desidério. *Filosofia em Directo*. Lisboa: FFMS, 2011.
- NAVARRO, Pablo E.; RODRIGUEZ, Jorge L. *Deontic Logic and Legal Systems*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- NEUPERT, Michael. *Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit: Das Rahmen-Bild-Modell der verwaltungsgerichtlichen Kontrolldichte bei der Eingriffsverwaltung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011.
- NOLTE, Martin. 'Berufsfreiheit', in STERN, Klaus; BECKER, Florian. *Grundrechte-Kommentar*. Köln: Carl Heymanns, 2010.

- NOZICK, Robert (1974). *Anarchy, State, and Utopia*. New York: Basic Books, 2013.
- O'BRIEN, David M. *Constitutional Law and Politics: Civil Rights and Civil Liberties*. 8thed. New York: W.W. Norton & Company, 2011.
- OSSENBÜHL, Fritz. 'Diskussionsbeitrag' (1981) 39 *VVDStRL*, 189–190.
- OSSENBÜHL, Fritz. 'Gedanken zur Kontrolldichte in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung', in *Festschrift für Konrad Redeker*. München: C.H. Beck, 1993.
- PAPINEAU, David. *Philosophical Devices: Proofs, Probabilities and Sets*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- PARFIT, Derek. *On What Matters*. Oxford: Oxford University Press, vol. I, 2011.
- PEGORARO, Lucio. *Linguaggio e Certezza della Legge nella Giurisprudenza della Corte Costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1988.
- PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte. Staatsrecht II*. 27.Auf. München: C.F. Müller, 2011.
- PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte. Staatsrecht II*. 28.Auf. Heidelberg: C.F. Müller, 2012.
- PORTOCARRERO QUISPE, Jorge A. *Der Autoritative Charakter der Grundrechtsabwägung: Eine Untersuchung über die Rolle der formellen Prinzipien in der Grundrechtsinterpretation*. Baden-Baden: Nomos, 2014.
- POSCHER, Ralf. *Grundrechte als Abwehrrechte: reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.
- POSNER, Richard. *Reflections on Judging*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2013.
- PRIEST, Graham. *An Introduction to Non-Classical Logic*. 2nded. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993.
- RAWLS, John. 'Two Concepts of Rules' (1955) 64 *The Philosophical Review*, 3–32.
- RAZ, Joseph. 'Is There a Reason to Keep Promises?' *Columbia Public Law Research Paper No.12-320*.
- RAZ, Joseph. 'Promises and Obligations', in HACKER, P.M.S.; RAZ, Joseph. *Law, Morality and Society: Essays in Honor of H.L.A. Hart*. Oxford: Clarendon Press, 1977.

- RAZ, Joseph. *Between Authority and Interpretation*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- RAZ, Joseph. *The Authority of Law*. 2nded. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- REESE, Birgit. *Die Verfassung des Grundgesetzes: Rahmen- und Werteordnung im Lichte der Gefährdungen durch Macht und Moral*. Berlin: Duncker & Humblot, 2013.
- REIS NOVAIS, Jorge. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- REIS NOVAIS, Jorge. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- REIS NOVAIS, Jorge. *Em Defesa do Tribunal Constitucional: Resposta aos Críticos*. Coimbra: Almedina, 2014.
- RINDERLE, Peter. *Der Zweifel des Anarchisten*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2005.
- RIVERS, Julian. 'Constitutional Rights and Statutory Limitations', in KLATT, Matthias. *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- RIVERS, Julian. 'Proportionality and Variable Intensity of Review' (2006) 65 *Cambridge Law Journal*, 174–207.
- RIVERS, Julian. 'Translator's Introduction', in ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- RÖNNEDAL, Daniel. *An Introduction to Deontic Logic*. North Charleston, SC: CreateSpace, 2009.
- ROSENTHAL, Lawrence. 'Originalism in Practice' (2012) 87 *Indiana Law Journal*, 1182–1245.
- ROYAKKERS, Lambèr. *Extending Deontic Logic for the Formalisation of Legal Rules*. Berlin: Springer, 1998.
- SCHAUER, Frederick. 'Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts' (1981) 34 *Vand. L. Rev.*, 265–307.
- SCHLAICH, Klaus; KORIOH, Stefan. *Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen*. München: C.H. Beck, 2012.
- SCHLINK, Bernhard. 'Grundrechte als Prinzipien' (1992) 39 *Osaka University Law Review*, 41–58.
- SCHLINK, Bernhard. 'Proportionality in Constitutional Law: Why everywhere but here?' (2012) 22 *Duke Journal of Comparative and International Law*, 291–302.

- SCHLINK, Bernhard. 'Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit', in BADURA, Peter; DREIER, Horst. *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*. Tübingen: Mohr Siebeck, vol. II, 2001.
- SCHLINK, Bernhard. *Abwägung im Verfassungsrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1976.
- SCHRÖDER, Jan. 'Begriffsjurisprudenz', in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*. 2.Auf. Berlin: Erich Schmidt Verlag, 2008.
- SCHULTZ, David; VILE, John R.; DEARDORFF, Michelle D. *Constitutional Law in Contemporary America: Civil Rights and Liberties*. Oxford: Oxford University Press, vol. II, 2010.
- SCHULZE-FIELITZ, Helmuth. 'Meinungs- und Pressefreiheit, Rundfunk- und Filmfreiheit', in DREIER, Horst. *Grundgesetz-Kommentar*. 3.Auf. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013.
- SCHULZE-FIELITZ, Helmuth. 'Rechtsweggarantie', in DREIER, Horst. *Grundgesetz-Kommentar*. 3.Auf. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013.
- SHAPIRO, Scott. *Legality*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011.
- SIECKMANN, Jan. 'Probleme der Prinzipientheorie der Grundrechte', in CLÉRICO, Laura; SIECKMANN, Jan. *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys*. Baden-Baden: Nomos, 2009.
- SIECKMANN, Jan. *Recht als normatives System: Die Prinzipientheorie des Rechts*. Baden-Baden: Nomos, 2009.
- SMEND, Rudolf. *Das Recht der freien Meinungsäußerung* (VVDStL, 4). Berlin u. Leipzig: Walter de Gruyter, 1928.
- SODAN, Helge. *Grundgesetz*. 2.Auf. München: C.H. Beck, 2011.
- SOUTER, David. 'Harvard's 359th Commencement remarks' (2010) 124 *Harv. L. Rev.*, 429–36.
- STARCK, Christian. 'Art. 1 Abs. 3', in MANGOLDT, Hermann v.; KLEIN, Friedrich; STARCK, Christian. *Kommentar zum Grundgesetz*. München: Franz Vahlen Verlag, 2010.
- STERN, Klaus. 'Einleitung', in STERN, Klaus; BECKER, Florian. *Grundrechte-Kommentar*. Köln: Carl Heymanns, 2010.
- STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland: Die einzelnen Grundrechte*. München: C.H. Beck, vol. IV/1, 2006.
- STERN, Klaus. *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgeber*. Opladen: Westdt. Verl., 1997.

- STOCK, Jürgen. *Meinungs- und Pressefreiheit in den USA*. Baden-Baden: Nomos, 1986.
- STRAUSS, David A. *The Living Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- STUART MILL, John (1859). 'On Liberty', in *On Liberty and Other Essays*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- SULLIVAN, Kathleen M.; GUNTHER, Gerald. *Constitutional Law*. 16thed. New York: Foundation Press, 2007.
- SULLIVAN, Kathleen M. 'Post-Liberal Judging: The Roles of Categorization and Balancing' (1992) 63 *U. Colo. L. Rev.*, 293–317.
- SULLIVAN, Kathleen M. 'Two Concepts of Freedom of Speech' (2010) 124 *Harv. L. Rev.*, 143–177.
- THOMPSON, Judith Jarvis. *The Realm of Rights*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1990.
- TRIBE, Laurence; DORF, Michael C. *On Reading the Constitution*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1991.
- TRIBE, Laurence H. *The Invisible Constitution*. New York: Oxford University Press, 2008.
- TRIBE, Laurence; MATZ, Joshua. *Uncertain Justice: The Roberts Court and the Constitution*. New York: Henry Hold, 2014.
- TSAKYRAKIS, Stavros. 'Proportionality: An Assault on Human Rights?' (2009) 7 *International Journal of Constitutional Law*, 468–93.
- WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2012.
- WALTON, Douglas. *Informal Logic: A Pragmatic Approach*. 2nded. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- WARBURTON, Nigel. *Free Speech*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- WEBBER, Grégoire C. N. *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*. New York: Cambridge University Press, 2009.
- WEBBER, Jeremy. *The Constitution of Canada: A Contextual Analysis*. Oxford: Hart, 2015.
- WEIGEND, Thomas. 'Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze staatlicher Straf Gewalt', in WEIGEND, Thomas; KÜPPER, Georg. *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag*. Berlin: Walter de Gruyter, 1999.
- WEISBERG, Richard H. *In Praise of Intransigence: The Perils of Flexibility*. New York: Oxford University Press, 2014.

WIELAND, Joachim. 'Freie Wahl von Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte', in DREIER, Horst. *Grundgesetz-Kommentar*. 3.Auf. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013.

WILLIAMSON, Timothy. *Modal Logic as Metaphysics*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

WITTGENSTEIN, Ludwig (1969). *Über Gewißheit*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2012.

YOWELL, Paul. 'A Critical Examination of Dworkin's Theory of Rights' (2001) 52 *American Journal of Jurisprudence*, 93–137.

ZOGLAUER, Thomas. *Einführung in die formale Logik für Philosophen*. 4.Auf. Stuttgart: UTB, 2008.